Die Vollstreckungsgegenklage.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

BEI DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

Walther Heilgendorff,
Referendar in Berlin

Charlottenburg
Druck von J. Załachowski
1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0016

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. **Die Einleitung.** Seite

Das Verhältnis zwischen Prozess und Zwangsvollstreckung. Die Beschränkungen des Gläubigerrechts in der Zwangsvollstreckung. Einwendungen des Schuldners überhaupt. Die Vollstreckungsgegenklage . . . . . 5—11

§ 2. **Zur Dogmatik der Klage.**

1. Die Konstruktion der Vollstreckungsgegenklage 12—20
2. Klageantrag und Klagegrund . . . . . 20—23
3. Das Verhältnis zur negativen Feststellungsklage über den materiellen Anspruch . . . . . 24—29
4. Die Parteien . . . . . 29—30

§ 3. **Die Rechtsschutzvoraussetzungen.**

1. Materiellrechtliche Einwendungen . . . . . 31—41
2. Streitfragen über die unter § 767 fallenden Einwendungen.
   a) Die exceptio excussionis realis.
   b) Einwendungen gegen das Urteil oder das vorausgegangene Verfahren.
   c) Die Einrede der Simulation des Urteils.
   d) Die Einrede des zweifelhaften Urteilsinhaltes.
   e) Einwendungen bei Leistung Zug um Zug.
   f) Die Abgrenzung zur Klage aus § 323 . . 42—52
3. Die Präklusion von Einwendungen . . . . 52—58
4. Die Entstehungszeit der Einwendungen . . . 58—74
5. Ausschliessung durch die Möglichkeit des Einspruchs . . . . . 74—79
6. Konkurrenz mit Rechtsmitteln . . . . . 79—81
7. Die zeitliche Zulässigkeit der Klage. Einfluss des Beginns und des Schlusses der Zwangsvollstreckung . . . . . 81—86

§ 4. **Die prozessuale Geltendmachung.**

1. Die Zuständigkeit . . . . . 87—93
2. Der „Weg der Klage". § 767 Abs. 1 . . . 93—94
3. Die Eventualmaxime. § 767 Abs 3 . . . . 94—104
4. Einfluss der Klage auf die Vollstreckung . . 104—108

§ 5. **Die Vollstreckungsgegenklage nach § 768** 109—111

§ 6. **Andere Schuldtitel als Urteile** . . . . . 112—121

Abkürzungen.

Die Abkürzungen sind die üblichen. Die im Literaturverzeichnis genannten Schriftsteller sind da, wo keine Verwechslung zu befürchten ist, nur mit ihrem Namen citiert. „Hellwig" bedeutet stets des Genannten: „Anspruch und Klagrecht."

§ § ohne Zusatz weisen auf die Zivilprozessordnung hin, soweit sich nicht aus dem Zusammenhange ein anderes ergibt.

§ 1. Einleitung.

Das rechtskräftige Urteil ist das Ziel eines jeden Prozesses. Es gibt den Parteien das Recht, das sie zu beanspruchen haben, sei es, daß es nach dem Antrage des Klägers erkennt und dessen Recht unbestreitbar feststellt, sei es, daß es nach dem Antrage des Beklagten den Kläger mit der erhobenen Klage abweist und so den Beklagten vor Eingriffen in seine Rechte schützt. Das rechtskräftige Leistungsurteil setzt den Gläubiger in den Stand, seine durch das Erkenntnis festgestellten Ansprüche gegen den Schuldner durchzusetzen. Wie dem unbestreitbarsten materiellen Rechte die Fähigkeit ermangelt, ohne Vermittlung des Prozesses oder der Titel, die durch Reichs- oder Landesrecht als geeignet zur Grundlage der Zwangsvollstreckung erklärt sind, dem Schuldner gegenüber sich zu entfalten, so unbestreitbar kann der durch rechtskräftiges Urteil zuerkannte Anspruch geltend gemacht werden. Dies geschieht durch die Zwangsvollstreckung. Um die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen, strengt der Gläubiger den Prozeß an, strebt er nach dem rechtskräftigen Urteile. Und der Staat stellt ihm in der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers das Mittel zur Verfügung, den Judikatsanspruch, soweit der Verpflichtete ihn nicht freiwillig erfüllt, zwangsweise zu verwirklichen. So ist denn die Vollstreckung aus dem rechtskräftigen Urteile und den übrigen vollstreckbaren Titeln nur an die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung an den

Gläubiger geknüpft, Eine Nachprüfung des Anspruchs selbst findet dabei nicht mehr statt, und die in der Civilprozeßordnung eingehend geregelten Voraussetzungen, unter denen die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden darf, sind formeller Natur. Ist der Gläubiger im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung, so ist der Schuldner damit der publizistischen Macht des Vollstreckungstitels unterworfen.

Aber diese weitgehende Macht des Vollstreckungstitels hat ihre Bedenken. Auf der einen Seite steht die Erwägung, daß dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben werden muß, seinen auf dem langwierigen Wege des Prozesses einmal festgestellten Anspruch in energischer Weise durchzusetzen, auf der anderen Seite führen schwerwiegende sozialpolitische und rechtliche Gründe dazu, der Ausübung des Gläubigerrechts gewisse Schranken zu setzen. Der Staat hat diesen sozialpolitischen Erwägungen Rechnung getragen durch die Pfändungsbeschränkungen, die »Kompetenzwohltaten des öffentlichen Rechts«, die dem Zuge der Zeit folgend durch die Novelle zur Civilprozeßordnung eine wesentliche Erweiterung erfahren haben. Höher als das Interesse des einzelnen steht das Interesse des Staats an der Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz seiner Bürger. Nirgends so leicht wie bei der Zwangsvollstreckung wird sich die Wahrheit des Satzes zeigen, daß strenges Recht zum größten Unrecht werden kann. Insoweit jedoch rechtliche Erwägungen einen Schutz des Schuldners erfordern, ist der Gesetzgeber seiner Aufgabe dadurch gerecht geworden, daß er die Einwendungen in der Zwangsvollstreckungsinstanz geschaffen hat. Bei der Ausgestaltung dieser Einwendungen mußte dem Gläubiger die günstigere Rolle zufallen. Im Besitze des vollstreckbaren Titels hat er eine so gefährliche Waffe, daß es Sache des Schuldners ist zu

versuchen, sich dieser Waffe zu erwehren. Darum wird der Schuldner zum Angreifer, zum Kläger, der Gläubiger zum Angegriffenen, zum Beklagten.

Die Einwendungen in der Vollstreckungsinstanz haben gemeinsam, daß sie die Rechtskraft des Urteils und überhaupt die rechtmäßige Feststellung des Anspruchs unangetastet lassen. Sie wenden sich nicht gegen das Urteil, sondern gegen seine Ausnützung. Ihrer Natur nach sind sie entweder formell oder materiell und in der Regel bestimmt sich nach diesem Unterschied eine Unterscheidung in der rechtlichen Behandlungsweise. Einwendungen formeller Natur sind nämlich auf den Weg des Beschwerdeverfahrens verwiesen, während materielle Einwendungen regelmäßig im Klagewege, unter Umständen jedoch auch im Beschwerdeverfahren erledigt werden. Unter teilweiser Verwischung der Unterschiede zwischen formellen und materiellen Einwendungen stellt die C.-P.-O. drei große Gruppen von Einwendungen auf, nämlich

1) Einwendungen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen (§ 732);

2) Einwendungen, Anträge und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtvollzieher beobachtete Verfahren betreffen (§ 766);

3) Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen (§ 767).

Rein formell sind die Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, rein materiell die Einwendungen gegen den Anspruch selbst, während die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel sowohl formell wie materiell sein können.

Durch die Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung ist dem Schuldner, aber auch

Dritten die Möglichkeit gegeben, die Befolgung der Vorschriften, die durch Gesetz für die Ausführung der Zwangsvollstreckung gegeben sind, durch gerichtliche Entscheidung zu erzwingen. Dem Gläubiger soll nicht mehr zukommen, als der vollstreckbare Titel bestimmt, und auch dies gebührt ihm nur in der Art, daß die Pfändungsbeschränkungen der Civilprozeßordnung, die den Schuldner vor allzu rigoroser Durchführung der Gläubigergerechte schützen, dabei gewahrt werden. Ungeachtet des Umfanges der Zwangsvollstreckung hat der Schuldner weiter einen Anspruch darauf, daß die Vollstreckung in den gesetzlichen Formen erfolge, daß die Gerichtsvollzieher in keiner Weise von den gegebenen Vorschriften abweichen. Wenden sich somit die Einwendungen nach § 766 gegen die tatsächliche Ausführung der Vollstreckung, so lassen sie daß Bestehen des Anspruchs wie das Bestehen des Vollstreckungsrechtes auf seiten des vollstreckenden Gläubigers unberührt.

Die Einwendnngen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, machen, sofern sie formeller Natur sind geltend, daß die formellen gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckungsklausel erteilt werden darf, nicht vorhanden gewesen seien, sofern sie materieller Natur sind, daß trotz des formell geführten Nachweises die sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht eingetreten seien, die Vollstreckungsklausel also zu Unrecht erteilt wäre. Daraus folgt, daß die Einwendungen erst zulässig sind, wenn die Vollstreckungsklausel schon erteilt ist. Der Schuldner kann sich mit ihnen nicht gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel wehren, sondern nur gegen die Vollstreckung. Nur für den Fall, daß seine Einwendungen materieller Natur sind, ist dem Schuldner neben der Beschwerde

auch der Weg der Klage nach § 768 gegeben. Hier hat die Einwendung nämlich den Charakter einer gegen den Anspruch selbst gerichteten Einwendung, daher wegen der größeren Bedeutung die Möglichkeit des Prozesses.

Die Klage des § 768 ist die Klage des § 767, dessen wesentliche Bestimmungen auf den Fall materiellrechtlicher Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel Anwendung finden. Vom Standpunkt des § 767 aus betrachtet, kann man jedoch die Klage aus § 768 als eine Ausnahme von dem im § 767 aufgestellten Grundsatz ansehen, insofern nämlich für eine materiellrechtliche Einwendung neben der Klage auch der Beschwerdeweg gegeben ist. Denn alle übrigen materiellrechtlichen Einwendungen sind Einwendungen gegen den Anspruch selbst und für diese ist im § 767 unter Ausschluß jeder andern Geltendmachung ausdrücklich der Weg der Klage vorgeschrieben. Diese Klage ist die Vollstreckungsgegenklage.

Der Name »Vollstreckungsgegenklage« ist kein vom Gesetz gegebener, er ist auch nicht aus den Worten des Gesetzes zu entnehmen, wie man es z. B. bei der Feststellungsklage getan hat, sondern er ist bald nach der Schaffung der Civilprozeßordnung von Kohler geprägt und jetzt von der Wissenschaft und Praxis ziemlich allgemein angenommen worden. Man hat zwar den Ausdruck bemängelt, allein mit Unrecht. Während das Gesetz es, man möchte sagen ängstlich vermeidet, in seinem Wortlaute die eigentliche Natur der Klage zu offenbaren, ergiebt sie sich aus der Bezeichnung »Vollstreckungsgegenklage« ohne weiteres. Das Gesetz bezeichnet wohl und beschreibt den Weg, auf dem sich der Vollstreckung entgegentreten läßt, aber erst der Name Vollstreckungsgegen-

klage setzt an den Weg auch den Wegweiser und zeigt das Ziel, zu dem er führt. Es ist die Klage, die sich gegen die Vollstreckung richtet. Die Bekämpfung der Vollstreckung wird betont, und diese scharfe Betonung stellt einen erwünschten Gegensatz auf einerseits zu einer Bekämpfung des Urteils als solchen, andererseits zu einer Bekämpfung der einzelnen Vollstreckungsmaßregel. Die Vollstreckungsgegenklage ist der vornehmste unter den Rechtsbehelfen des Schuldners in der Vollstreckungsinstanz. Sie ist das Mittel, das dazu bestimmt ist, die gewaltige Macht des von seiner civilistischen Grundlage losgelösten Vollstreckungstitels zu brechen. Sie ist eine vom materiellen Recht geschmiedete Prozeßwaffe und allein imstande, das Subjekt des materiellen Rechtes vor unrechtmäßigem Auftreten prozessualen Rechtes zu schützen. So greift die Vollstreckungsgegenklage auf der einen Seite tief in das materielle Recht ein, auf der andern Seite berührt sie die schwierigsten Probleme des Civilprozeßrechts.

Diese eigenartige Natur der Vollstreckungsgegenklage bildet den Grund für die große Fülle von Streitfragen, die sich ausnahmslos an alle ihre Bestimmungen knüpft. Mag es sich um ihre Charakterisierung handeln, mögen die Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit oder die Art ihrer Geltendmachung in Frage stehen, überall tritt eine Meinungsverschiedenheit zu Tage, wie sie bei wenigen Gesetzesbestimmungen größer ist.

Wenn daher im folgenden einzelnen Fragen eine Darstellung gewidmet ist, deren Ausführlichkeit der Bedeutung dieser Fragen nicht zu entsprechen scheint, so mag es zur Entschuldigung dienen, daß das Hauptgewicht der Arbeit auf die Streitfragen gelegt ist und weniger streitige Punkte ein besonderes Eingehen nicht beanspruchen konnten. Andererseits aber ist da,

wo es sich bei Streitfragen nicht sowohl um die Vollstreckungsgegenklage, als vielmehr um die Dogmatik des Civilprozesses überhaupt handelte, ohne nähere Begründung der einen oder andern Ansicht beigetreten worden.

Auf die Geschichte der Einwendungen in der Zwangsvollstreckungsinstanz wird in vorliegender Arbeit nicht näher eingegangen und auf die Einleitung bei Hommel (S. 1—20) und Kappes (S. 1—11) verwiesen. Die Behandlung der Einwendungen in der Zwangsvollstreckung steht in so engem Zusammenhange mit der Gestaltung des Prozeß- und namentlich des Exekutionsverfahrens überhaupt, daß sie nur in Gemeinschaft mit diesen verstanden und behandelt werden kann. Alle Wandlungen, die das Exekutionsverfahren seit der Rezeption des römischen Rechts durch reichs- (I.-R.-A. 1654) oder landesgesetzliche Regelung (Corp. iuris Fried. 1781, A.-G.-O. 1793, code de procédure civile 1806 mit der ihm nachgebildeten Prozeßordnung in Deutschland) erfahren hat, spiegeln sich auch in der Art der Geltendmachung von Einwendungen wieder. Ihre dogmatische Verwertung kann nicht in einem kurzen historischen Überblick erfolgen, sondern muss einer besonderen Arbeit vorbehalten werden, wie sie v. Schrutka-Rechtenstamm in seiner Dogmengeschichte der Freigebung fremder Sachen für die Widerspruchsklage Dritter (§ 771) gegeben hat.

§ 2. Zur Dogmatik der Klage.

1. Die Konstruktion der Vollstreckungsgegenklage.

Die Vollstreckungsgegenklage hat ähnlich wie die Abänderungsklage des § 323 ihrer rechtlichen Konstruktion große Schwierigkeiten entgegengesetzt. Ihre eigenartige Aufgabe, die Zwangsvollstreckung aus einem Schuldtitel zu verhindern, unterscheidet sie von andern Klagen, aber es ist schwer, die Unterscheidungsmerkmale sowohl wie die Berührungspunkte aufzudecken.

Die Vollstreckungsgegenklage richtet sich gegen die Zwangsvollstreckung. Um die Zwangsvollstreckung zu verhindern, greift sie den Schuldtitel an, der zur Grundlage der Zwangsvollstreckung dient oder dienen soll. Diesem Angriff sind von vornherein bestimmte Grenzen gesetzt, die in den Wirkungen der Rechtskraft liegen. Da eine Verhinderung der Zwangsvollstreckung durch Aufhebung des Urteils selbst also nicht mehr möglich ist, so wendet sie sich von vornherein nur gegen die Wirksamkeit des Urteils als eines Vollstreckungstitels. Sind doch mit der Aufhebung der Vollstreckbarkeit des Urteils praktisch vielfach die gleichen, wenn auch weit beschränktere Wirkungen verbunden, wie mit der Aufhebung des Urteils selbst. Dies Ziel der Klage bringt uns ihrer konstruktiven Erfassung näher. Wenn wir den Ausdruck »Rechtsmittel« in einem weiterem Sinne nehmen, als er von der Civilprozeßordnung durch die Normierung im dritten Buche gebraucht wird, so können wir sie als ein Rechtsmittel bezeichnen, das sich gegen die Vollstreckbarkeit der Urteile als eine kraft Gesetzes oder kraft Richterspruchs bestehende Eigenschaft der verkündeten Urteile, als eine integrierende Eigenschaft der rechtskräftigen Urteile richtet. Unabhängig davon,

daß sie auf materielle Rechte gegründet wird, ist sie ihrer Natur nach prozessual. Materiell ist ihr Ursprung, prozessual ist ihr Ziel. Dieses Ziel, die Vernichtung der Vollstreckbarkeit eines Urteils ist eine Maßnahme, die nur durch einen Akt getroffen werden kann, der der Erklärung, welche die Vollstreckbarkeit statuiert hat, zum wenigsten gleichsteht. Sie muß kraft gesetzlicher Bestimmung durch Urteil erfolgen. Was besagt aber dieses Urteil, das die Vollstreckbarkeit des im Hauptprozesse ergangenen Urteils aufhebt? Erklärt es, daß die in dem Urteile des Hauptprozesses gegebene Vollstreckbarkeit aufgehört hat zu existieren, weil irgend welche Veränderungen des dem Vollstreckungsanspruch zugrunde liegenden materiellen Anspruchs eingetreten sind? Nein, solche Veränderungen sind für das Weiterbestehen des rein publizistischen Vollstreckungsanspruches ohne Bedeutung. Die Vollstreckungsgegenklage wird auch nicht angestrengt, um ihre Bedeutung aufzudecken. Eine Feststellung kann sie schon um deswegen nicht bezwecken, weil Veränderungen des Vollstreckungsanspruches, die sie feststellen sollte, gar nicht eintreten können Die Vollstreckbarkeit bleibt bestehen und die Vollstreckung des Urteils ist demgemäß rechtmäßig und zulässig, solange nicht die Unrechtmäßigkeit durch Richterspruch herbeigeführt wird. Es handelt sich nicht um eine Feststellung, sondern um Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, um Rechtsgestaltung. Das Urteil hebt die Vollstreckbarkeit des ersten Urteils und damit den publizistischen Vollstreckungsanspruch auf, es erklärt nicht, daß sie aufgehoben seien. Die Aufhebung erfolgt, weil der materielle Anspruch zugrunde gegangen ist. Ist der materielle Anspruch nicht vollständig getilgt, sondern nur in seinem Umfange oder seiner zeitlichen Wirksamkeit beeinträchtigt worden, so

hat das Urteil die entsprechende Modifikation hinsichtlich des Vollstreckungsanspruches eintreten zu lassen. Diese Ergebnisse führen nunmehr zu der Normierung:

»Die Vollstreckungsgegenklage ist eine gegen einen Vollstreckungsanspruch gerichtete, prozessuale Klage auf rechtsgestaltendes Urteil«.

Die vorstehenden Ausführungen schließen sich einer Ansicht an, die in der Literatur von Gaupp-Stein § 767 und Hellwig (S. 491/99. Lehrb. S. 397) vertreten wird. Die Unterscheidungsmerkmale zwischen der hier und bei den Genannten gegebenen Normierung sind unwesentliche. Gaupp-Stein nennt sie eine prozeßrechtliche Klage auf rechtsgestaltendes Urteil mit rückwirkender Kraft. Die Vollstreckungsgegenklage hat nun in der Tat rückwirkende Kraft, aber es erscheint nicht zweckmäßig, dies in die Begriffsbestimmung aufzunehmen. Denn ihre Rückwirkung folgt nicht aus ihrer Konstruktion, nicht aus den über die Vollstreckungsgegenklage gegebenen Bestimmungen, sie gehört nicht zum Wesen der Vollstreckungsgegenklage, ergiebt sich vielmehr lediglich aus den §§ 775 Z. 1, 776 S. 1. Hellwig reiht die Klage in eine grosse Gruppe der Rechtsmittel- oder Widerspruchsklagen ein. Aber gleichwohl erscheint es nicht angängig, sie eine Klage zum Zwecke der Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung zu nennen (Hellwig S. 491), der Ausdruck wäre nur dann zulässig, wenn behauptet werden würde, daß die gerichtliche Entscheidung zu Unrecht erlassen ist. Dies ist aber nicht der Fall, der Schuldner widerspricht nur der drohenden oder vorliegenden Ausnützung des Urteils durch den Sieger. Ebenso ist es als mißverständlich abzulehnen, das Verfahren auf Grund der Vollstreckungsgegenklage als eine Fortsetzung oder Wiederaufnahme der Prüfung derjenigen

Voraussetzungen zu bezeichnen, von denen die Rechtmäßigkeit der ergangenen Entscheidung abhängt. (Hellwig S. 488.) Zwar modifiziert Hellwig (A. 14 das.) den Ausdruck selbst dahin, daß er darunter die Rechtmäßigkeit der fortdauernden Geltung verstehe. Aber m. E. wiederspricht sich das. Wenn die Rechtmäsigkeit der fortdauernden Geltung geprüft wird, so liegt eben darin eine Anerkennung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung. Daraus folgt, daß die Entscheidung nicht geprüft wird. Der hier vertretenen Auffassung steht auch Planck[1]) sehr nahe, wenn er von der Klage als von der Erhebung eines Prozeßrechtsanspruchs des Besiegten redet und diese Formulierung dahin erklärt, dass der Kläger rechtliches Gehör über seine den im Urteil festgestellten Anspruch betreffenden Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung verlange. Aus welchem Grunde Falkmann[2]) diese Ansicht ablehnt mit dem Bemerken, der Schuldner fordere ja nicht eine Leistung des Gläubigers, sondern wende sich nur gegen die diesem zugesprochene Leistung, ist nicht recht ersichtlich, da aus dem Ausdruck »Prozeßrechtsanspruch« unmöglich geschlossen werden kann, daß der Schuldner von dem Gläubiger eine Leistung verlange. Offenbar liegt eine Verwechslung des von der Wissenschaft, insbesondere von Planck und Gaupp-Stein häufiger gebrauchten Ausdrucks Prozeßrechtsanspruch mit einem Privatrechtsanspruch vor.

Unter den Ansichten, die von der hier vertretenen Auffassung mehr oder minder stark abweichen, sei zunächst die Auffassung Oetkers[3]) erwähnt, der die Klage schlechtweg als eine condictio sine causa bezeichnet. Diese Auffassung ist unhaltbar. Obgleich es unaufgeklärt bleibt, was Oetker unter dem ohne rechtlichen

[1]) Lehrb. II S. 699. [2]) S. 832. [3]) Konkursrechte. Grundbegriffe S. 213. 580 f.

Grund Erlangten versteht, wird man nur das dafür halten können, was auf Grund des vollstreckbaren Titels, dem mit der Vollstreckungsgegenklage entgegengetreten wird, bereits im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben ist. Dann aber wäre die Definition für alle Fälle unbrauchbar, wo noch nicht vollstreckt ist, weil es dann an einer Bereicherung, also an dem Gegenstande der condictio fehlen würde. Die bloße Möglichkeit der Vollstreckung kann nicht als eine Bereicherung auf Kosten eines andern angesehen werden, die zur Herausgabe verpflichtete. Wie sollte das auch geschehen? In Gestalt der Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung? Daraus ergiebt sich, daß die Ansicht Oetkers abgelehnt werden muß.

Wilmowski-Levy (§ 686 A. 1) und O.-L.-G. Hamburg (Seuff. Arch. 39,370) sehen die Klage gemäß der dort vertretenen Auffassung, daß sie erst nach Beginn der Vollstreckung erhoben werden könne, als Leistungsklage an. Die »Leistung«, zu der der Gläubiger verurteilt wird, soll dann offenbar in der Einstellung der Zwangsvollstreckung und der Rückgängigmachung der bereits getroffenen Vollstreckungsmaßregeln bestehen. Eine Konstruktion der Klage als Leistungsklage muß fallen in dem Augenblicke, wo man als Ziel der Klage die Aufhebung des Vollstreckungsanspruchs bezeichnet. Denn selbst wenn man sich nun auf den Standpunkt stellen wollte, daß die Klage erst nach Beginn der Vollstreckung möglich wäre, wozu ein Grund nicht ersichtlich ist, muß die Beseitigung der konkreten Vollstreckungsmaßregeln als von untergeordneter Bedeutung und nur mittelbar sich aus der Aufhebung der Vollstreckbarkeit ergebend erscheinen. Daß aber die Vollstreckungsfähigkeit des Urteils und nicht die Vollstreckungsmaßregel den Mittelpunkt und das Ziel der Klage bildet, bedarf füglich keiner besonderen

Rechtfertigung mehr. Wird es doch auch von den meisten zugegeben, die sich im übrigen der hier vertretenen Auffassung nicht angeschlossen haben.

Besonders häufig[1]) wird die Klage als eine negative Feststellungsklage bezeichnet. Freilich sind auch hier wieder die Meinungen geteilt. Während im allgemeinen angenommen wird, daß die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsrechtes gerichtet sei, soll sie nach Falkmann (S. 383) das Nichtmehrbestehen des durch das Urteil festgestellten Rechtsverhältnisses feststellen. Die erste Ansicht kommt der hier vertretenen nahe. In ihr zeigt sich nur der jetzt noch heftige Streit über die Unterscheidung der Feststellungsurteile von den konstitutiven Urteilen. Es wurde bereits oben versucht darzulegen, daß die Aufhebung der Vollstreckbarkeit konstitutiv, nicht aber deklarativ ist und es wird deshalb auf die an der Spitze dieses Abschnittes gegebene Begründung verwiesen. Die Auffassung Falkmanns dagegen, die die negative Feststellung des materiellen Rechtsverhältnisses zum Gegenstande der Klage machen will, beruht auf der ganzen Lehre des Autors über die Vollstreckungsgegenklage überhaupt, einer Lehre, die den eigenartigen Zweck der Vollstreckungsgegenklage nicht genügend berücksichtigt und darum auch in ihrer konstruktiven Erfassung irrige Wege geht. Dem Gesetzgeber war es bei Schaffung der Vollstreckungsgegenklage nur darum zu tun, dem Schuldner ein Mittel zu geben, durch das er sich gegen eine ungerechtfertigte Vollstreckung wehren könnte, er wollte materiellem Rechte die Waffe des Prozesses in die Hand geben, damit es nicht im Kampfe mit dem prozessualen Rechte unterliege. Deshalb sollten materielle Einwendungen zur

[1]) Seuffert § 767 A. 1, Langheineken S. 181, R. Schmidt S. 142 A. 1, S. 771, Falkmann S. 383, Hellmann S. 381.

Grundlage eines der Verhinderung der Zwangsvollstreckung dienenden Prozesses gemacht werden. Hätte der Gesetzgeber nicht gerade die Verhinderung der Zwangsvollstreckung im Sinne gehabt, so bedurfte es überhaupt nicht des § 767. Lediglich um festzustellen, daß der im Urteil festgestellte Anspruch nicht mehr bestehe, genügt ja auch die Feststellungsklage des § 256, deren Urteil auf Grund des § 775 Z. 4 an und für sich zur Einstellung der Zwangsvollstreckung genügend ist. Auch ohnedem würde das materielle Recht des Schuldners nicht untergehen, sondern der Schuldner nur gezwungen sein, die Vollstreckung über sich ergehen zu lassen und dann mit der Civilklage vorzugehen. Alle diese Erwägungen zwingen geradezu zu der Auffassung, dass es sich bei der Vollstreckungsgegenklage um einen Angriff gegen die Vollstreckung des Urteils handelt, dies also bei der Begriffsbestimmung der Klage und im Tenor des ergehenden Urteils zum Ausdruck gebracht werden muß. Die Vernichtung des Vollstreckungsanspruches ist allerdings eine Folge des Nichtmehrbestehens des im Urteil des Hauptprozesses festgestellten Rechtverhältnisses, deshalb spricht ja das Gesetz auch von den Einwendungen, die den Anspruch selbst, d. h. das materielle Rechtsverhältnis betreffen. Aber zu der Folgerung, daß die Vollstreckungsgegenklage die negative Feststellung dieses Rechtsverhältnisses zum Gegenstande habe, kann man nur auf Grund einer am Buchstaben hängenden Auslegung des Gesetzes gelangen. Nicht die Worte des Gesetzes entscheiden, sondern der Zweck. Wenn Falkmann zur Unterstützung seiner Lehre mit dem Argument operiert, § 767 spreche nicht von einem publizistischen Vollstreckungsanspruche, so ist dies allerdings richtig. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß der publizistische Vollstreckungsanspruch ein

Begriff ist, der im Gesetze überhaupt nicht erwähnt wird, sondern von der Wissenschaft geschaffen ist, daß folglich die Wissenschaft auch die Befugnis hat, ihn bei all den einzelnen Gesetzesbestimmungen zu verwerten, aus deren Gesamtheit sie ihn erst gebildet hat. Im übrigen widerlegt sich die Ansicht Falkmanns, daß die Vollstreckungsgegenklage eine auf das Nichtmehrbestehen des durch das Urteil festgestellten Rechtsverhältnisses gerichtete Feststellungsklage wäre auch dadurch, daß sie dann ohne Einschränkung nicht nur den Leistungs- sondern auch den Feststellungsurteilen gegenüber verwendbar sein müßte. Diese Konsequenz zu ziehen, hat sich aber Falkmann (S. 385) selbst gescheut. Indem er erklärt, daß § 767 nach seiner Stellung und nach seinem Zweck einen vollstreckbaren Anspruch voraussetze, erkennt er unbewußt an, daß die Vollstreckbarkeit des Urteils bei der Vollstreckungsgegenklage eine größere Rolle spielt, als er ihr zugestehen will. Welche gesetzliche Bestimmung würde sonst zur Beschränkung der Vollstreckungsgegenklage auf Leistungsurteile berechtigen?

Wurde die Charakterisierung der Vollstreckungsgegenklage als Leistungsklage wie als Feststellungsklage abgelehnt, so ergiebt sich die Unhaltbarkeit einer Auffassung, die in ihr bald eine Leistungsklage, bald eine Feststellungsklage sehen will, ohne weiteres. Reincke (§ 767), Gmelin (S. 38) und Hommel (S. 38) nehmen eine Feststellungsklage an, wenn die Klage vor Beginn der Vollstreckung, eine Leistungsklage, wenn sie danach erhoben wird. Hier wird ein durchaus nebensächliches Element der Klage über Gebühr in den Vordergrund gestellt; denn das innere Wesen einer Klage wird nicht dadurch verändert, daß sie einmal das Vollstreckungsrecht vernichtet und ein andermal daneben noch andere Wirkungen äußert,

Wirkungen, die zudem auf besonderen gesetzlichen Vorschriften beruhen (§§ 775, 776)[1].

2. Klageantrag und Klagegrund.

Soll die Vollstreckungsgegenklage ihr Ziel, die Verhinderung der Zwangsvollstreckung erreichen, so muß dieses Ziel auch im Klageantrage zum Ausdruck kommen. Das geeignetste Mittel zur Verhinderung der Zwangsvollstreckung wäre nun freilich die Aufhebung des Urteils, aus dem vollstreckt wird. Aber eine solche Aufhebung kann nur im Wege des Rechtsmittel- oder bei rechtskräftigen Urteilen im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens erfolgen, für die Vollstreckungsgegenklage, die die Rechtskraft des ersten Urteils unangetastet läßt, ist sie ausgeschlossen. Deshalb ist der Klageantrag in allen Fällen darauf zu richten, die Zwangsvollstreckung aus dem Urtel des Hauptprozesses für unzulässig zu erklären. Die Richtigkeit eines solchen Antrages und der ihm entsprechenden Tenorierung ergiebt sich aus dem Gesetze selbst, das im § 775 Z. 1 die Einstellung einer Zwangsvollstreckung anordnet, wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß — die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt — ist. Bei dem konstitutiven Charakter des der Vollstreckungsgegenklage stattgebenden Urteils ist der

[1]) Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, daſs von vielen Schriftstellern eine Charakterisierung der Klage überhaupt nicht versucht wird und daſs mit Normierungen wie die von Kappes S. 61 als „einer Formalklage ganz singulärer Natur welche der Feststellungsklage aus § 231 C.-P.-O. nach am nächsten verwandt ist“ oder als einer „Feststellungsklage samt einem plus“ (Kohler bei Busch Ztsch. S. 14, 15) nichts gewonnen ist. Ebensowenig ist eine Charakterisierung darin zu finden, wenn sie Kohler in den Ges. Beitr. S. 471 „einen Anspruch aus dem Individualrecht“ nennt.

Antrag, den Beklagten zu verurteilen, anzuerkennen, daß er nicht berechtigt sei, aus dem Urteile des Hauptprozesses die Zwangsvollstreckung zu betreiben als inkorrekt anzusehen, ganz abgesehen davon, daß man schon gegen diese Form der Feststellungsklage Bedenken haben kann. Zwar wird sich auch aus einem solchen Urteil ergeben, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist, immerhin aber paßt sich die konstitutive Fassung des erstgedachten Antrages den Worten des Gesetzes viel besser an, als die Feststellung des zweiten Antrages, die erst auf einem gewissen Umwege zur Anwendbarkeit des § 775 Z. 1 führt. Völlig belanglos für den Klageantrag und die Tenorierung des Urteils ist die Frage, ob und welche Einwendungen der Schuldner hat. Diese Einwendungen gehören zur Begründung des Klageantrages, nicht aber in den Klageantrag selbst. Ein Urteil, welches den durch das Urteil des Hauptprozesses festgestellten Anspruch für getilgt erklärt, ist überhaupt nicht das Urteil der Vollstreckungsgegenklage, sondern einer negativen Feststellungsklage über den im ersten Urteil zuerkannten materiellen Anspruch. Ein solches Urteil wäre auch gar nicht imstande, die Aufgaben der Vollstreckungsgegenklage zu erfüllen. Erklärt es nur den materiellen Anspruch für getilgt, so lässt es den Vollstreckungsanspruch ungehindert fortbestehen und eine Anwendbarkeit auf die Bestimmung des § 775 Z. 1 wäre ganz ausgeschlossen. Das Urteil hätte höchstens die Wirksamkeit einer öffentlichen Urkunde nach § 775 Z. 4. § 776.[1])

[1]) Die vorstehenden Bemerkungen wenden sich insbesondere gegen die Ausführungen Falkmanns (S. 398). Nach Falkmann betrifft der Streit der Parteien einzig und allein die Frage, „ob Tatsachen eingetreten sind, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts den Urteilsanspruch aufheben oder hemmen". Die Vollstreckung ist also bei der Vollstreckungs-

Der Klageantrag ist gewissen Modifikationen unterworfen je nach der Art der vorgebrachten Einwendungen, die rechtsvernichtender oder rechtshemmender Natur sein können. Soweit sich die Tragweite des Urteilstenors nicht ohne weiteres aus der Formel ergiebt, sind die Gründe entscheidend.

Der Klageantrag, der die prozessuale Erscheinungsform des erhobenen Anspruchs darstellt, muss auf bestimmte Gründe gestützt werden. Den Grund des erhobenen Anspruchs, den Klagegrund bilden diejenigen Tatsachen, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die als Einwendung geltend gemachte Rechtsfolge hervorrufen, nicht ist Klagegrund diese Rechtsfolge selbst. Jede neue Einführung von Tatsachen charakterisiert sich deshalb als Klageänderung und ist unzulässig.[1]) Ein näheres Eingehen auf die gegnerische Ansicht, die als Klagegrund das Erlöschen oder irgend eine Modifikation des materiellen Anspruches bezeichnet, bei der deshalb nach der Meinung der einen z. B. Hellwigs (S. 498) eine Klageänderung nur in gewissen Fällen, nach der Meinung der andern z. B. Seufferts (§ 767 1b) und Hommels (S. 31, 32) überhaupt nicht möglich ist, würde auf das Streitgebiet der Individualisierungs- und Substantiierungstheorie führen und damit

---

gegenklage von untergeordneter Bedeutung? Falkmann stützt seine Theorie auf das formalistische Argument, dafs § 770 von dem Urteile spreche, durch welches über die Einwendungen entschieden wird und dafs eine solche Entscheidung nur dann vorliege, wenn sich die Urteilsformel über die Begründetheit oder Unbegründetheit der im Wege der Klage vorgebrachten Einwendungen ausspreche(!) Dann hätte die Klageabweisung z. B. zu lauten: Die vom Kläger . . . . vorgebrachte Einrede der Zahlung ist unbegründet. Entscheidet das Urteil, das die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, etwa nicht über die Einwendungen, entscheidet auch das Leistungsurteil nicht über die klagbegründenden Tatsachen?

[1]) Näheres darüber vgl. unten S. 183.

dem Thema dieser Arbeit zu fern liegen. Es sei nur darauf hingewiesen, daß die Vertreter der hier abgelehnten Individualisierungstheorie über den Klagegrund und dessen Änderung selbst verschiedener Ansicht sind, daß z. B. Hellwig den Übergang von der rechtsvernichtenden zur rechtshemmenden Tatsache als Klageänderung, Seuffert und Hommel dagegen nicht als Klageänderung ansehen. Die Individualisierungstheorie sieht sich des weiteren gezwungen, die Bedeutung des § 767 Abs. 3 auf ein Mindestmaß herabzudrücken. Folgt man der Seuffert'schen Ansicht, so sind die Worte des dritten Absatzes »zur Zeit der Klageerhebung« schlechthin unverständlich und überflüssig, aber auch sonst kann von der Energie der Vollstreckung, die Abs. 3 aufrecht erhalten will, keine Rede mehr sein, wenn es dem Schuldner gestattet ist, in jeder mündlichen Verhandlung neue rechtsvernichtende Tatsachen vorzubringen. Gerade bei der Vollstreckungsgegenklage führt nur das Erfordernis der Substantiierung zu einem praktisch brauchbaren Resultat. Zu dem steht es auch im Einklang mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und den Motiven. Der Preußische, der Norddeutsche und der I. Deutsche Entwurf erwähnten ausdrücklich die Einreden der Zahlung, der Kompensation, des Erlasses und des Vergleichs, also vier rechtsvernichtende Tatsachen. Wenn diese Entwürfe der Individualisierung hätten folgen wollen, so wäre diese Aufzählung ganz überflüssig gewesen und es hätte genügt, wenn der alle vier Einreden umfassende Ausdruck »Tilgung« des Anspruchs gebraucht worden wäre. Gegenüber der Bestimmung aber, daß alle Einwendungen in der Klageschrift geltend zu machen seien (I. Deutsch. Entw.) wäre es nicht möglich gewesen, den Übergang von der einen der genannten Einwendungen zur andern nicht als Klageänderung aufzufassen. Diesen Entwürfen

aber sind die Motive gefolgt. Das geht aus ihrer Bemerkung hervor, die besondere Erwähnung der Einwendungen sei überflüssig.

3. Das Verhältnis zur negativen Feststellungsklage über den materiellen Anspruch.

Der Tenor des auf die Vollstreckungsgegenklage ergehenden Urteils hat sich nicht über die vorgebrachten Einwendungen zu äußern, sondern wenn die Klage nicht abgewiesen wird, lediglich die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile des Hauptprozesses für unzulässig zu erklären. Der Grund, aus welchem die Unzulässigkeitserklärung erfolgt, das bedingende civilistische Verhältnis ist allein aus den Entscheidungsgründen zu entnehmen und wird durch das Urteil nicht rechtskräftig festgestellt. Entscheidet doch das Urteil der Vollstreckungsgegenklage nur über den durch die Klage erhobenen Anspruch, der kein andrer ist als die Aufhebung des dem Gläubiger zustehenden Vollstreckungsrechtes.

Häufig wird der Schuldner nun ein Interesse daran haben, daß rechtskräftig festgestellt wird, auf Grund welcher Rechtsverhältnisse das Vollstreckungsrecht des Gläubigers aufgehoben ist, dass z. B. der durch das Urteil festgestellte Anspruch vom Schuldner bezahlt sei. Eine derartige Feststellung kann der Schuldner gemäss § 280 durch Inzidentfeststellungsklage erreichen. Hat der Schuldner Klage erhoben mit dem Antrage, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile des Hauptprozesses für unzulässig zu erklären, so steht einer Erweiterung des Klageantrages auf Feststellung, daß der im Urteile des Hauptprozesses zuerkannte Anspruch durch Zahlung erloschen sei, nichts im Wege. Die Zulässigkeit der Inzidentfeststellungsklage folgt daraus, daß von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses die Entscheidung des Rechtsstreites in allen Fällen abhängt.

Aber auch außerhalb der Vollstreckungsgegenklage muß man dem Schuldner das Recht zugestehen, auf negative Feststellung des Urteilanspruches Klage zu erheben. »Daß in dem früheren Urteil bereits über den Anspruch entschieden ist, steht nicht entgegen. Denn diese Entscheidung wird von der neuen Klage gar nicht in Zweifel gezogen, sondern auf Grund späterer rechtserheblicher Tatsachen wird die Feststellung verlangt, dass der vom Urteil anerkannte Anspruch nachträglich ganz oder zum Teil untergegangen sei und darum jetzt nicht mehr oder nicht mehr ganz bestehe«.[1]) Für diese negative Feststellungsklage müssen naturgemäss die im § 256 für die Feststellungsklage überhaupt aufgestellten Voraussetzungen vorhanden sein d. h. der Schuldner muss ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung haben. Ob das Interesse vorhanden ist, ist Tatfrage, ausgeschlossen wird es jedenfalls nicht dadurch, daß der Schuldner die Volstreckungsgegenklage erheben kann. Für die Zuständigkeit ist nicht etwa der im § 767 Abs. 1 vorgeschriebene Gerichtsstand maßgebend, sondern es gelten die allgemeinen Bestimmungen; ist doch die Klage auf negative Feststellung des im Urteil zuerkannten Anspruchs durchaus nicht mit der Vollstreckungsgegenklage zu verwechseln, vielmehr streng von ihr zu trennen. Nur der eine Punkt kann zu Bedenken Anlaß geben, daß die negative Feststellungsklage in manchen Fällen zu demselben praktischen Ergebnis führen wird, wie die Vollstreckungsgegenklage. Diese Fälle sind folgende: Wird durch das Urteil festgestellt, dass der Gläubiger auf irgend eine Weise nach Erlassung des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist oder Stundung gewährt hat, so kann der Schuldner die Ausfertigung dieses Urteils dazu ver-

[1]) J. W. 03. S. 398. N. 6.

wenden, um die Einstellung oder die Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu erreichen. Dies ergiebt sich aus § 775 Z. 4. Aber die hieraufgestützten Bedenken sind nicht begründet. Wäre die negative Feststellungsklage über den materiellen Anspruch in der Tat imstande, alle Funktionen der Vollstreckungsgegenklage zu erfüllen, so würde es allerdings nich zweifelhaft sein, daß sie durch § 767 ausgeschlossen wäre. Denn die Bestimmung des § 767 würde sich dann als zwingende Sondervorschrift gegenüber der allgemeinen des § 256 darstellen, die im wesentlichen prozessualen Besonderheiten unterläge. Allein die beiden Klagen sind sich nicht wesensgleich, sie decken sich wohl in ihrem Ursprung, nicht aber in ihrem Ziel. Wenn gleichwohl das Urteil der negativen Feststellungsklage über den materiellen Anspruch unter Umständen der Verhinderung der Zwangsvollstreckung dienen kann, so haben wir es mit einer zufälligen Erscheinung zu tun, die dogmatisch bedeutungslos ist. Denn nicht alle Fälle, in denen die Negation des Anspruchs durch Urteil ausgesprochen wird, enthalten zugleich auch einen Tatbestand, der nach den Vorschriften des § 775 Z. 4 zur Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung führt. Man denke nur z. B. an die Verjährung des Urteilanspruches oder an das Erlöschen der Pasivlegitimation. Unmöglich kommt hier dem Urteil der Charakter einer öffentlichen Urkunde zu, aus welcher sich ergiebt, daß der Gläubiger nach Erlassung des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist. Und selbst in einem Falle, wie dem der Zahlung, kann das Urteil wohl zum Zwecke der Einstellung der Zwangsvollstreckung verwendet, nicht aber kann auf Grund des Urteils die Aufhebung der bereits stattgehabten Vollstreckungsmaßregeln verlangt werden, da § 776 vorschreibt, daß Zwangsvollstreckungsmaßregeln im Falle

des § 775 Z. 4 einstweilen bestehen bleiben. Will der Schuldner die Aufhebung der Pfändung oder anderer Vollstreckungsmaßregeln erzielen, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als nach § 767 zu klagen.[1])

Die Wesensungleichheit der negativen Feststellungsklage und der Vollstreckungsgegenklage zeigt sich insbesondere auch darin, daß die negative Feststellungsklage unbedenhlich dem auf eine positive Feststellungsklage ergangenen Urteil gegenüber zugelassen werden kann. Gegen ein Feststellungsurteil ist die Vollstreckungsgegenklage ja ausgeschlossen, weil sie ihrer Natur nach sich gegen das Vollstreckungsrecht des Gläubigers wendet, dieses Vollstreckungsrecht aber bei einem Feststellungsurteil gar nicht vorhanden ist. Dagegen ist die negative Feststellungsklage gegeben, insofern die Rechtskraft des ersten Urteils unangetastet bleibt d. h. die Negation des Rechtsverhältnisses auf später entstandene Gründe gestützt wird. Im Falle eines Feststellungsurteils tritt somit die negative Feststellungsklage an die Stelle der Vollstreckungsgegenklage, ohne aber deren Bedeutung zu erreichen. Denn der Schuldner, der sich der negativen Feststellungsklage bedient, kann seine Einwendungen gegenüber der späteren Leistungsklage mit gleichem Erfolge geltend machen.

---

[1]) Diese Fragen sind streitig. Wie hier: Hellwig S. 166 N. 12 und J. W. 1884 S. 299 N. 18, 1903 S. 398 N. 6 (letztere Entscheid. auch in Seuff. Arch. 59 S. 77). Die Bekämpfung der im Text vertretenen Ansicht durch Falkmann (S. 384 N. 7) beruht darauf, daſs Falkmann, wie bereits erwähnt, die Vollstreckungsgegenklage als eine negative Feststellungsklage über den durch das Urteil festgestellten materiellen Anspruch ansieht. Sonach muss er zu einer Ablehnung kommen, denn eine Zulassung der negativen Feststellungsklage würde für ihn nichts anderes bedeuten, als eine Zulassung der Vollstreckungsgegenklage mit verändertem Gerichtsstand

Einen weiteren Unterschied der beiden Klagen deckt die Frage nach der Legitimation zu ihrer Erhebung auf. Die Vollstreckungsgegenklage steht dem Schuldner und ihm ausschliesslich zu, die Feststellungsklage dagegen ist auch dem Gläubiger gegeben. Der Gläubiger kann eine Klage auf Feststellung anstrengen, daß der Schuldner nicht berechtigt sei, Einwendungen gegen den durch das Urteil des Hauptprozesses festgestellten Anspruch zu erheben bezw, daß seine Einwendungen unbegründet seien. Freilich sind dies im wesentlichen theoretische Fragen. Bei einer derartigen Klage des Gläubigers wird der Nachweis eines rechtlichen Interesses schon dann Schwierigkeiten begegnen, wenn ein Feststellungsurteil vorliegt. Gegenüber dem Leistungsurteil aber vermangelt in allen Fällen das rechtliche Interesse dann, wenn der Gläubiger in der Lage ist zu vollstrecken. Somit kann die Feststellungsklage des Gläubigers dahin, daß vom Schuldner erhobene Einwendungen unbegründet seien, nur dann in Betracht kommen, wenn der Schuldner zu einer künftigen Leistung verurteilt ist (§§ 257 f.).

Gegenüber der Feststellungsklage des Gläubigers kann der Schuldner unter den sonstigen Voraussetzungen die Vollstreckungsgegenklage als Widerklage erheben, sofern die Zuständigkeit des § 767 Abs. 1 gewahrt bleibt. Durch das der Klage des Gläubigers stattgebende Urteil, durch welches festgestellt wird, daß vom Schuldner prätendierte Einwendungen unbegründet sind, wird der Schuldner mit diesen Einwendungen ausgeschlossen, mit allen zeitigen Einwendungen dagegen, wenn das ungehinderte Fortbestehen des Anspruchs festgestellt wird.[1])

[1]) Deswegen ist auch der von Falkmann S. 386 angeführte Fall, dafs der Gläubiger nicht alle Einwendungen zu erfolgen brauche und der Schuldner dann im Gerichtsstande des § 767 klagen müfste, praktisch kaum denkbar.

In allen Fällen der Feststellungsklage aber handelt es sich um den durch das Urteil festgestellten materiellen Anspruch oder um das festgestellte Rechtsverhältnis, nicht um den Vollstreckungsanspruch des Gläubigers. Wird dieser Vollstreckungsanspruch in Frage gezogen, so ist die Vollstreckungsgegenklage und sie allein gegeben. Eine Klage mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen anzuerkennen, daß er nicht berechtigt sei, aus dem Urteil des Hauptprozesses die Zwangsvollstreckung zu betreiben, ist eben die Vollstreckungsgegenklage, wenn auch in möglichst inkorrekter Form. Das Gericht sollte in solchen Fällen nicht dem Antrage gemäß erkennen, sondern zunächst für eine entsprechende Abänderung des Klageantrages Sorge tragen.[1])

4. Die Parteien.

Als eine gegen die Vollstreckung gerichtete Klage steht die Vollstreckungsklage demjenigen zu, gegen den der Gläubiger das prozessuale Recht auf Vollstreckung hat. Dies ist der in der vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils genannte Schuldner, mag er selbst oder sein Rechtsvorgänger verurteilt sein. Da

[1]) Aus dem im Text Gesagten ergiebt sich die einfache Lösung einer Frage, durch die Falkmann S. 385 A. die hier vertretene Ansicht ad absurdum führen will. Er stellt folgenden Fall auf: Der Schuldner klagt an Wohnsitz des Gläubigers mit dem Antrage: 1) die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, 2) festzustellen, daſs ein Anspruch des Gläubigers nicht mehr besteht. Er erfährt, daſs der Gerichtsstand nicht der richtige ist und läſst den Antrag zu 1) fallen. — Dies ist nicht eine Klage, wie Falkmann meint, sodaſs durch Fallenlassen des Antrages zu 1) eine vorher nicht vorhandene Zuständigkeit begründet würde, sondern es sind zwei durchaus verschiedene Klageanträge, die wohl nach § 280 im Gerichsstande des § 767 erhoben werden können, nicht aber beide im Gerichtsstand des § 256. Das von Falkmann gegebene Beispiel ist daher zur Widerlegung seiner Theorien ausserordentlich geeignet.

die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aber nicht Voraussetzung der Klage ist, so kann die Klage von dem Rechtsnachfolger des in dem Urteile benannten Schuldners unmittelbar nach dem Eintritt der Rechtsnachfolge erhoben werden zu einer Zeit, wo der Gläubiger vielleicht gar nicht an die Vollstreckung gegen den Rechtsnachfolger denkt. Andrerseits ist die Klage auch nur dem Vollstreckungsschuldner, nicht aber Dritten gegeben. Wenn Kohler[1]) sie Dritten gestatten will, die ein Interesse an der Abwendung der Vollstreckung haben, z. B. dem Eigentümer der Pfandsache, der nachträglich das Eigentum erworben hat oder dem Servitutenberechtigten, der nachträglich das Servitutenrecht erlangt hat oder Nachpfandgläubigern, so braucht auf diese übrigens einzig dastehende Ansicht nicht eingegangen zu werden, da sie dem Gesetze direkt widerspricht. Zweckmäßigkeitsgründe, deren Vorhandensein nicht ohne weiteres zuzugestehen ist, sind in solchem Falle ohne jede Bedeutung.

Für die Frage nach der Passivlegitimation sind dieselben Grundsätze maßgebend, wie für die Aktivlegitimation. Beklagter ist nicht schlechthin derjenige, für den das Urteil den Anspruch festgestellt hat, sondern derjenige, der zur Vollstreckung des festgestellten Anspruchs zur Zeit der Erhebung der Klage befugt ist.

[1]) Arch. f. civ. Pr. 80 S. 159f.

§ 3. Die Rechtsschutzvoraussetzungen.

1. Materiellrechtliche Einwendungen.

Die Einwendungen, die nach § 767 geltend gemacht werden, müssen den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen d. h. es handelt sich hier um Einwendungen, deren Ursprung im materiellen Rechte liegt. Wer sich der Vollstreckungsgegenklage gegen ein rechtskräftiges Urteil bedient, bestreitet nicht die Rechtmäßigkeit der durch das Urteil erfolgten Feststellung. Einem solchen bestreiten würde die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen. Deshalb steht in allen Fällen nur die Rechtsmäßigkeit des Weiterbestehens dieser Feststellung in Frage. Einwendungen gegen den Anspruch selbst liegen dann vor, wenn Tatsachen behauptet werden, aus denen sich ergiebt, daß der dem Vollstreckungsanspruch zu grunde liegende materielle Anspruch in irgend einer Weise beeinträchtigt worden ist. Eine solche Beeinträchtigung liegt vor allen dingen in der Tilgung des Anspruchs, sie kann aber auch gegeben sein in einer Modifikation des Anspruchs, sei es daß er zur Zeit überhaupt nicht oder nicht in dem beanspruchten Umfange geltend gemacht werden dart, sie kann weiter, ohne das Fortbestehen des Anspruchs an sich zu bestreiten, das subjektive Vollstreckungsrecht in Frage ziehen, also die Verpflichtung des Schuldners, die Vollstreckung über sich ergehen zu lassen, bezw. die Berichtigung des Gläubigers, die Vollstreckung vorzunehmen. (Einrede der mangelnden Passiv- oder Aktivlegitimation.)

Die Fülle der möglichen, aus dem materiellen Recht sich ergebenden Einwendungen verbietet eine erschöpfende Aufzählung dieser Einwendungen von selbst. Zwar haben frühere Prozeßordnungen den Versuch gemacht, die Einwendungen einzeln zu bezeichnen,

aber mit Recht liegen schon der Preußische, der Norddeutsche und der erste Deutsche Entwurf materielle Einwendungen ganz allgemein zu und erwähnten nur »insbesondere« die Einreden der Zahlung, der Kompensation, des Erlasses und des Vergleichs.[1]) Auch Auch diese besondere Erwähnung wurde später als überflüssig aufgehoben.

I. Die wichtigsten unter den Einwendungen sind die rechtsvernichtenden Einwendungen, welche die Tilgung des Anspruchs geltend machen. Dahin gehören

1) Die Erfüllung des Anspruchs. Der Anspruch wird erfüllt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird (§ 362 B.-G.-B.) oder wenn der Gläubiger eine andere, als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimt. Ob der Schuldner oder ein Dritter die Leistung bewirkt, ist gleichgiltig, wofern nicht der Schuldner in Person zu leisten hat (§ 267 B.-G.-B.). Bei der Wahlschuld kann der wahlberechtigte Schuldner sich durch den Nachweis befreien, daß er eine andere Leistung als diejenige, auf die der Gläubiger die Zwangsvollstreckung richte, gewählt und bewirkt habe (§ 264 B.-G.-B.).

2) In gleicher Weise wird der Anspruch des Gläubigers getilgt durch Hinterlegung (§ 378 B.-G.-B.). Freilich ist der Schuldner zur Hinterlegung nur dann befugt, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist oder der Schuldner aus einem andern in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann.

Zu den Tilgungsgründen gehören ferner:

3) Erlaß der durch das Urteil festgestellten Schuld. Ein solcher Erlaß ist zulässig. Die Wirkungen,

[1]) Vgl. auch Hommel S. 57.

die ein rechtskräftiges Urteil hat, sind zwar durch die öffentlichrechtlichen Normen der Civilprozeßordnung unverrückbar festgestellt. Darum ist den Parteien jegliche Verfügungsbefugnis darüber entzogen, es kann nicht auf die Rechtskraft verzichtet werden, ein Vergleich über die Rechtskraft ist ausgeschlossen. Aber von einem Vertrage über die Rechtskraft streng zu scheiden, ist der Vortrag über den durch das rechtskräftige Leistungsurteil zuerkannten Anspruch. Dieser Anspruch bildet ein Privatrechtsgut, über das der Sieger in gleicher Weise wie über andere Privatrechtsgüter verfügen kann. Denn die Gültigkeit des Urteils wird durch eine solche Verfügung unberührt gelassen. Verzichtet der Gläubiger auf die Eintreibung seiner Forderung, so bleibt »feststehen und von beiden Parteien anerkannt, daß der Kläger die Leistung, auf welche die Verurteilung lautet, wirklich zu fordern berechtigt ist. Er gibt nur ein unbestrittenes judikatmäßiges Recht auf, wozu er nach der Regel, daß jedermann sein Aktivvermögen beliebig vermindern kann, voll befugt ist.[1])

4) Vergleich über den zuerkannten Anspruch nach Erlaß der Urteils.

5) Verjährung. Der rechtskräftig festgestellte Anspruch verjährt in 30 Jahren (§ 218 B.-G.-B.), auch auch wenn er an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt.

Durch die Verjährung des materiellen Anspruchs wird aber der Vollstreckungsanspruch, die Vollstreckungsfähigkeit des Urteils nicht berührt. Darum ist dem Schuldner in der Vollstreckungsgegenklage ein Mittel gegeben, die Verjährung einredeweise geltend zu machen.[2])

[1]) Bülow. „Absolute Rechtskraft" Arch. f. civ. Prax. Bd. 83 S. 91.

[2]) Vgl. Seuff. Arch. 44 Nr. 68. Eccius Preuss Privatrech I. § 57 N. 74, Falkmann S. 389.

6) Unmöglichkeit der Leistung. Diese kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Sie kann ihren Ursprung haben in dem Untergang der geschuldeten Sache. Ist der Untergang vom Schuldner zu vertreten und der Schuldner somit nach § 280 B.-G.-B. dem Gläubiger zum Schadensersatze verpflichtet, so ist der Zwangsvollstreckung dennoch kein Raum gegeben, weil der Anspruch auf Schadensersatz erst festgestellt werden muß.[1]) Die Unmöglichkeit kann aber auch schon vorliegen, wenn der Erfüllung des Judikatsanspruchs ein polizeiliches Verbot entgegensteht.

Die Vollstreckungsgegenklage ist nicht erforderlich, wenn der Schuldner zu einer ausschließlich von seinem Willen abhängenden Handlung verurteilt worden ist, die von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann. Hier kann er die Unmöglichkeit zur Vornahme der Handlung im Verfahren nach §§ 888, 891 geltend machen. Mit der Klage aus § 767 wird er an und für sich meist durch § 767 Abs. 2 ausgeschlossen sein, weil die Unmöglichkeit schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung bestand. Man denke z. B. an den Fall, daß er zur Rechnungslegung verurteilt ist und Bücher nicht oder nicht sorgfältig geführt hat. Die Zwangsmaßregeln des § 888 können eben nur dann angewandt werden, wenn die Handlung, deren Vornahme durch den Schuldner sie im Auge haben, wirklich ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt, die Herbeiführung eines Erfolges also nicht ausgeschlossen ist. Daß die Unmöglichkeit wirklich besteht, hat der Schuldner darzutun. Er kann sich aller Beweismittel mit Ausnahme der Eideszuschiebung bedienen (§ 294).[2])

[1]) Hommel a. a. O. S. 59.

[2]) R. G. 8, 336, Gruchot 41, 1198, Kipp „Verurteil. zur Abgab. von Willenserkl." S. 27, Busch Ztschr. 17, 496, J. W. 1898 S. 357 N. 30.

7) Unmöglich werden der Gegenleistung.[1])

8) Aufrechnung (§ 387 B. G.-B.)

9) Eintritt einer auflösenden Bedingung. Die aufschiebende Bedingung kommt nicht in Betracht. Ist nämlich der Judikatsanspruch aufschiebend bedingt, so darf dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn er den Eintritt der Bedingung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden beweist. Gegen die zu Unrecht erfolgte Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung kann sich der Schuldner nach § 732 ev. auch nach § 768 schützen.

10) Der Einwand, daß das ausländische Urteil, aus dem vollstreckt wird, im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt ist. Da das Vollstreckungsurteil (§ 722) trotz einer nachher erfolgten Aufhebung des ausländischen Urteils bestehen bleibt, so ist die Vollstreckungsgegenklage hier das einzige Mittel zur Abhilfe.

11. Eine jüngere Gegenentscheidung, durch die das in der älteren Entscheidung zugesprochene Recht verneint wird. Z. B. A tritt von einer Schadensersatzforderung, die er gegen B zu haben glaubt einen Teilbetrag an C ab. C klagt diesen Teilbetrag von B ein und erwirkt ein obsiegendes Versäumnisurteil. Als A nun seinerseits einen weiteren Teilbetrag einklagt, wird seine Klage abgewiesen und auf Widerklage des B festgestellt, daß dem A eine Schadensersatzforderung überhaupt nicht zustehe. Jetzt kann B gegen die Vollstreckung des ersten Urteils die Vollstreckungsgegenklage erheben.[1]) Die in dem jüngeren Urteil enthaltene Entscheidung betrifft den durch das erste Urteil festgestellten Anspruch und tilgt ihn.

---

[1]) Seuff. Arch. 50 Nr. 139, 52 Nr. 276.

[2]) So ein Fall in R. G. 52, 216. Vgl. J. W. 1902. S. 589, N. 10.

12. Überreichung des Kuxscheines seitens des verurteilten Gewerken mit dem Anheimstellen, denselben zwecks Befriedigung zu verkaufen.[1])

Nach § 130 des Preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 wird der Gewerke durch Anheimstellen des Kuxscheines von der Verpflichtung zur Zahlung rückständiger Beiträge befreit. Die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gewerke durch Anheimstellen des Kuxscheines schon seine Verurteilung abzuwenden imstande war, da die Befreiung von der Zahlungspflicht erst später eingetreten ist. (Anders bei der Aufrechnungserklärung vgl. unten S. 60 f.)

13. Inkrafttreten eines neuen Gesetzes, das einem dem Urteil zu grunde liegenden Rechtsverhältnis die Kraft entzieht, die durch das Urteil festgestellten Rechtsfolgen zu haben, sofern anzunehmen ist, daß eine derartige Rückwirkung im Willen des Gesetzgebers liegt.

Dies ist z. B. der Fall bei der durch B.-G.-B. beseitigten, partikularrechtlichen Unterhaltspflicht zwischen Geschwistern und Verschwägerten.[2]) Das Erlöschen dieser Unterhaltspflicht ist gegenüber dem rechtskräftigen Urteile nach § 767 geltend zu machen. Das ist nicht etwa eine Beschränkung der Rechtskraft. Die durch Urteil festgestellte Unterhaltspflicht beruht nur auf dem bestehenden Gesetze, dem Urteil kommt eine rechtserzeugende Kraft nicht zu. Nur die Verpflichtung zur Entrichtung der künftig fällig werdenden Leistungen wird in dem Urteil ausgesprochen, ob solche Leistungen fällig werden, ist eine Frage des materiellen Rechts.

[1]) R. G. 29, 281. Falkmann S. 390.

[2]) R. G. 46, S. 65. Habicht „Die Einwirkung usw." 3. A. S. 618. 619, wo in A. 2 die weitere Litteratur angegeben ist.

14. Ein eigenartiger Fall der Vollstreckungsgegenklage ergibt sich in dem Falle, daß eine Klage zurückgenommen wird, nachdem bereits ein Versäumnisurteil ergangen ist. Wird die Zurücknahme der Klage hier für zulässig erachtet (§ 271), und das Versäumnisurteil nicht aufgehoben, so ist der Gläubiger in den Stand gesetzt, aus dem Versäumnisurteil zu vollstrecken. Der Schuldner kann hier seine Einwendungen auch durch das Sitzungsprotokoll nicht gemäß § 775 liquid stellen und so bleibt ihm nur der Weg der Vollstreckungsgegenklage. Klagegrund wäre dann der Umstand, daß infolge der Klagezurücknahme der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist (§ 271), dem formellen Recht des Gläubigers also kein materielles Recht zur Seite steht. Um derartigen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, fordert O.-L.-G. Hamburg[1]) mit Recht, daß trotz Zulässigkeit der Klagezurücknahme das Versäumnisurteil gemäß § 343 aufgehoben werde.

II. Als zweite große Gruppe betrachten wir die Einwendungen, die eine Modifizierung des Urteilsanspruches geltend machen. Obwohl die hier in Frage kommenden Einwendungen teilweise wenig mit einander gemeinsam haben, mag es gestattet sein, sie unter diesem allgemeinen, wenn auch farblosen Begriff zusammenzufassen, da damit nur ein Gegensatz zu den rechtsvernichtenden Einwendungen aufgestellt werden soll. Zu dieser Gruppe können gerechnet werden:

1) die vergleichsweise Umwandlung des Judikatsanspruchs in einen andern Anspruch, die durch formlosen Vertrag geschehen kann.

2) Stundung. Der Schuldner wendet ein, daß der Gläubiger sich verpflichtet habe, das Urteil auf eine bestimmte Zeit nicht geltend zu machen. Die

[1]) Seuff. Arch. 52, Nr. 120.

Dauer der Stundung kann kalendermäßig bestimmt, sie kann aber auch an den Eintritt auflösender Bedingungen geknüpft werden. Solche Bedingungen können z. B. sein: pünktliche Abzahlung von Teilbeträgen der Schuld und regelmäßige Erfüllung sonstiger Verbindlichkeiten. Auch sind Verträge denkbar, in denen die Dauer der Stundung kalendermäßig angegeben ist, zugleich aber beim Eintritt gewisser Bedingungen das Vollstreckungsrecht früher aufleben soll.

3) So leitet denn der Begriff der Stundung zu dem weiteren Begriff einer zur Zeit unzulässigen Zwangsvollstreckung überhaupt über. Die Unzulässigkeit kann begründet werden ganz allgemein durch ein vertragswidriges Verhalten des Gläubigers. Ist nach dem Versicherungsvertrage die Zahlung einer rechtskräftig zuerkannten Rente von der Fortdauer der Invalidität des Verletzten abhängig und hat deshalb die Gesellschaft das vertragsmäßige Recht, den Verletzten jederzeit ärztlich untersuchen zu lassen, um die Fortdauer der Invalidität festzustellen, so steht der Gesellschaft die Vollstreckungsgegenklage zu, wenn der Verletzte die Vornahme der Untersuchung nicht gestattet.[1]) Dasselbe gilt, wenn der zur Abnahme einer erst herzustellenden Ware verurteilte Käufer die vertragsmäßige Beschaffenheit der Ware bestreitet[2]) oder der zur Zahlung künftiger Mieten verurteilte Mieter mangelnde Vorleistung des Vermieters geltend macht.[3])

4) In diesen Zusammenhang gehört auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes im Falle des § 273 Abs. 2.B.G.B. Der zur Herausgabe eines Gegenstandes verurteilte Schuldner kann die Leistung

[1]) O. L. G. Karlsruhe v. 25. IV. 00. Bad. Rechtspr. 1900 S. 225.

[2]) R. G. 56, 178.

[3]) Falkmann S. 391, N. 22.

bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Gegenleistung verweigern, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht. Der Anspruch ist ausgeschlossen bei unrechtmäßig erlangten Gegenständen. Da der Gläubiger die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung ausschließen kann, so ist ihm damit auch ein Mittel gegeben, die Abweisung der Vollstreckungsgegenklage zu erreichen.

5) Die Rechtswohltat des Notbedarfs (beneficium competentiae). Das B.-G.-B. kennt das Recht auf standesmäßigen bezw. notdürftigen Unterhalt in vielen Fällen. Es seien erwähnt: § 519 (Schenker, der zur Erfüllung eines schenkweise gegebenen Versprechens verurteilt ist), § 529 (Einrede des nach § 528 zur Herausgabe des Geschenkes verurteilten Beschenkten) § 829 (Schadensersatzpflicht bei nicht schuldhafter Schadenszufügung), § 1361, Abs. 2 (Fortfall oder Beschränkung der Unterhaltspflicht des Mannes, insoweit dies der Billigkeit entspricht), § 1579 (Unterhaltspflicht des allein für schuldig erklärten Ehegatten), § 1603 (der Verwandten), § 1608 (des Ehegatten), § 1620 (Verpflichtung der Eltern zur Aussteuer der Tochter), § 1708 (Erzeuger gegenüber dem unehelichen Kind).

Insoweit jedoch bei diesen Fällen der Schuldner sich darauf beruft, daß nach der Verurteilung eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eingetreten sei, welche für die Verurteilung zur Entrichtung und für die Bestimmung der Höhe der Leistung maßgebend gewesen sei und im Wege der Klage zugleich eine entsprechende Abänderung des Urteils verlangt, ist nicht § 767, sondern § 323 C. P. O. gegeben. Häufig werden dem Schuldner je nach den Umständen

und seinem Klagbegehren beide Rechtsbehelfe zustehen.[1])

6) Die Einrede der beschränkten Haftung von seiten des Erben (geregelt durch §§ 780, 785 C. P. O.). Diese Einrede ersetzt das beneficium inventarii des gemeinen Rechts, dessen Geltendmachung nach § 695 a. F. zu erfolgen hatte. Wann der Erbe beschränkt haftet, richtet sich nach bürgerlichem Recht.

Den Einwand der beschränkten Haftung darf ohne weitere Voraussetzung nur der Fiskus erheben, der als gesetzlicher Erbe verurteilt wird, der Nachlaßverwalter, andere Nachlaßpfleger und der Testamentsvollstrecker haben, sofern ihnen die Verwaltung des Nachlasses zusteht, den Einwand dann, wenn das Urteil über eine Nachlaßverbindlichkeit gegen sie erlassen ist. Der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte kann die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen, wenn sie ihm im Urteile vorbehalten ist.

Neben der Einrede der beschränkten Haftung ist auch für die Geltendmachung gewisser, in den §§ 782 bis 784 C. P. O. geregelter Rechte des Erben der Weg der Vollstreckungsgegenklage vorgeschrieben.

7) Die Einrede der beschränkten Haftung in den Fällen der §§ 419, 1480, 1489, 1504, 2187 B. G.-B. Die Behandlung dieser Einrede ist im allgemeinen analog derjenigen des Erben. § 767 C. P. O. ist maßgebend kraft ausdrücklicher Bestimmung des § 786, auf den bezüglich der Einzelheiten verwiesen wird.

8) Das Recht jedes Miterben, die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten aus eigenem Vermögen bis zur Teilung des Nachlasses zu verweigern. (§ 2059 B.-G.-B.) Dies ist ein von der Beschränkung der Haftung im Sinne der §§ 1973—1992 B.-G.-B.

[1]) Über das Verhältnis der Klage aus § 323 zur Vollstreckungsgegenklage vgl. unten S. 50 f.

verschiedenes Recht. Dem § 780 C.-P.-O. ist es nicht ausdrücklich unterstellt. Ob es trotzdem dahin gehört, ist wie seine prozessuale Geltendmachung überhaupt sehr bestritten.[1])

9) Die Teilhaftung der Miterben § 2060 B.-G.-B. Diese Einwendung ist eine rein materielle. Der Vorbehalt im Urteile ist weder erforderlich noch überhaupt zulässig. Doch ist auch dies streitig.

III. Einwendungen, die sich gegen das Recht zur Betreibung oder die Pflicht zur Erduldung der Zwangsvollstreckung richten. Man könnte diese materiellen Einwendungen auch als eine Unterart der zu I gedachten Einwendungen ansehen, insofern bei jenen die Tilgung des Anspruchs überhaupt, bei diesen das Erloschensein hinsichtlich subjektiver Beziehungen geltend gemacht wird. Die hierher gehörigen Einwendungen zerfallen

1) in den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation. Der Schuldner bestreitet die Berechtigung des Gläubigers zur Zwangsvollstreckung z. B. wegen Abtretung, Pfändung und Überweisung des Anspruchs, wegen Verlustes der Verfügungsbefugnis durch Eröffnung des Konkurses, Eheschließung der Frau, Einsetzung eines Testamentsvollstreckers oder Nachlaßverwalters, Veräußerung des Handelsgewerbes,

2) den Einwand der mangelnden Passivlegetimation z. B. durch Geltendmachung einer privativen Schuldübernahme oder des Eintritts der Nacherbfolge.[2])

---

[1]) Vgl. die Kom. zu § 780 C. P. O. und § 2059 B.-G.-B. c. cit.

[2]) Das O.-L.-G. Köln hat in einem Urteil vom 2. Juni 1889 die Vollstreckungsgegenklage wegen mangelnder Passivlegetimation in einem Falle zugelassen, wo der Schuldner einwandte, dafs das Urteil nicht gegen ihn, sondern gegen seinen Bruder ergangen sei. Dies ist kein Einwand der mangelnden Passiv-

2) Streitfragen über die unter § 767 fallenden Einwendungen.

Neben den im Vorhergehenden skizzierten Einwendungen gegen den Anspruch selbst gibt es jedoch eine ganze Reihe von Einwendungen, in denen die Unterscheidung, ob sie unter § 767 fallen oder nicht, mit Schwierigkeiten verknüpft ist. Freilich beruht ein großer Teil der sich hierbei ergebenden Streitfragen auf einer nicht genügend klar durchgeführten Unterscheidung der Einwendungen materiellrechtlicher und prozessualer Natur. Da diese Fälle nicht unter einheitlichen Gesichtspunkten behandelt werden können, so sollen die wichtigeren unter ihnen im folgenden einzeln einer kurzen Besprechung unterworfen werden.

a) Die exceptio excussionis realis. Mit dieser Einrede kann der Vollstreckungsschuldner verlangen, daß der Gläubiger zunächst aus Gegenständen, die ihm vom Vollstreckungsschuldner verpfändet sind, Befriedigung suche. Pr. A.-L.-R. I, 20 § 46. Im früheren Recht herrschte lebhafter Streit darüber, ob und inwieweit die Einwendung bei der Klage aus § 686 a. F. (§ 767) zuzulassen wäre, insbesondere ob die Bestimmung des Absatzes 2 dieses Paragraphen auf sie Anwendung finde. (Vgl. R. G. 25 S. 361). Durch die Novelle § 777 ist der Schuldner auf den Weg des § 766 verwiesen worden und damit die Streitfrage durch gesetzliche Regelung erledigt.

b) Alle Einwendungen, die das Urteil selbst oder das dem Urteil voraufgegangene Verfahren betreffen. Solche Einwendungen sind prozessualer Natur.

---

legitimation, da der jetzige Kläger mit dem voraufgegangenen Rechtsstreit nichts zu tun hatte, vielmehr ein ganz unbeteiligter Dritter ist. Gegeben ist deshalb die Widerspruchsklage Dritter nach § 771. Vgl. Puchelt, Ztschr. f. deutsch. bürgerl. Recht u. Franz. Civilrecht 31 S. 75 u. die Polemik des Einsenders gegen die Entscheidung.

Wo hier Streitfragen aufgetaucht sind, hat man die Einwendungen meist unter den Gründen gefunden, die die Wiederaufnahme des Verfahrens nach §§ 579, 580 rechtfertigen. Rechtskräftigen Urteilen gegenüber sind sie deshalb auch beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen im Wiederaufnahmeverfahren zu verfolgen, sonst mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln. Die Vollstreckungsgegenklage ist ihnen verschlossen.

c) Die Einrede der Simulation des Urteils. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom Jahre 1895[1]) sich auf den Standpunkt gestellt, es gäbe Fälle, in denen ein Urteil nicht geeignet wäre, „das vertragsmäßig zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis in ein andres umzuwandeln und Rechte zu begründen, die nach dem Willen der Parteien nicht entstehen sollten." Diese Entscheidung, bei der sich das Reichsgericht auf zwei Entscheidungen des Obertribunals beruft, ist im hohen Grade bedenklich. Sie beruht auf der irrtümlichen Erwägung, daß ein dem Prozeß zu grunde liegendes simuliertes Rechtsverhältnis der Parteien den Prozeß selbst und damit auch das Urteil zu einem simulierten machen könnte. Einen simulierten Prozeß gibt es nicht. Überall, wo eine staatliche Tätigkeit in Frage kommt, wie z. B. auch bei der Anflassung und bei der Eheschließung fehlt das zur Simulation erforderliche Einverständnis auf seiten des Staates. Es würde dem Wesen und der Würde der Staatshoheit widersprechen, wenn sie sich zu Scheingeschäften mißbrauchen ließe. Da die Kraft des Urteils eine rein publizistische ist und nicht durch die in dem Parteivorbringen enthaltenen materiellen Rechtsnormen beeinflußt wird, so zeitigt ein auf Grund

[1]) R. G. 36 S. 249. Diese Entscheidung wurde später in zwei weiteren Entscheidungen aufrecht erhalten. J. W. 1898 S. 209 Nr. 31, S. 372 Nr. 75.

eines simulierten Rechtsverhältnisses ergehendes Urteil alle Rechte, die nach dem Gesetz aus einem Urteil entstehen. „Ein Urteil kann nur eine wahre, nie eine fiktive Schuld begründen.“[1]) Die Civilprozeßordnung allein bestimmt die Fälle, in denen ein Prozeß fehlerhaft ist und wie diese Fehlerhaftigkeit zur Geltung gebracht werden kann. Wenn es den Parteien gestattet sein sollte, durch einfache Simulationsabrede das Urteil zu einem Nichts zu machen, so wird das Gericht zu einer Marionette, wird die private Vereinbarung auf eine Stufe mit den staatlichen Gesetzen gestellt. Ein solches Urteil für unwirksam erklären heißt eine staatliche konkrete Rechtsfestsetzung umstoßen. Freilich darf man das Urteil nicht als eine Art von Gesetz bezeichnen, aber die rechtsbestimmende Kraft, die nur durch einen Akt derselben Staatsgewalt wieder aufgehoben werden kann, hat es mit dem Gesetze gemein.

Alle Anschauungen, die dem auf Simulation beruhenden Prozesse und der in diesem Prozeß ergehenden Entscheidung die Rechtswirksamkeit absprechen wollen, finden ihren Grund in der naheliegenden Anwendung der Normen des bürgerlichen Rechts auf das öffentliche Recht des Civilprozesses. Eine solche Übertragung aber ist teils überhaupt unzulässig, teils sehr bedenklich. Das materielle Recht muß sich vor dem prozessualen beugen überall da, wo es mit ihm in Konflikt gerät. Das hängt mit den Zwecken und Zielen beider zusammen. Kommt doch dem Prozeß die den Zwecken des Staates dienlichere Aufgabe zu: Rechtsgewißheit, nicht Recht zu schaffen. Diese Zweckbestimmung des Prozesses darf durch keinerlei andere Erwägungen unterdrückt werden. Wohl wird dadurch die Gefahr begründet, daß der Prozeß zu Zwecken ge-

[1]) Kohler. Arch. f. civ. Praxis. 80 S. 151.

mißbraucht wird, die seiner eigentlichen Bestimmung, das Recht zu schützen ganz fern liegen [1]). Das ist ja auch gerade beim simulierten Prozeß der Fall, wo ein Rechtsschutz nicht begehrt wird, wo die ergehende Entscheidung dem materiellen Recht nicht entspricht und nach Absicht der Parteien nicht entsprechen soll. Aber diese Mängel müssen bei der hohen Aufgabe des Prozesses mit in den Kauf genommen werden und wenn sie sich vermeiden ließen, so wäre der Preis doch höher als das Interesse an ihrer Beseitigung. Er bestände in nichts Geringerem als der Preisgabe der Rechtsvergewisserung, die die Rechtsprechung uns bringen soll.

Diese Erwägungen sind nicht theoretischer Natur, sondern sie finden im Gesetze selbst ihre kräftigste Stütze. Mit wünschenswerter Deutlichkeit hat die Civilprozeßordnung ihr Bestreben zum Ausdruck gebracht, mit dem Wirrwarr der gemeinrechtlichen querela nullitatis ius anabilis zu brechen. Wer da glaubt, daß die Richtigkeit eines Urteils von selbst gegeben sein könne, der würde für seine Ansicht sicherlich kein geeigneteres Beispiel finden als den Fall, wo ein bestochener Richter vorsätzlich das Recht beugt. Und trotzdem ist das Urteil nicht nichtig, trotzdem bedarf es des umständlichen Weges der Restitutionsklage, um das Urteil aus der Welt zu schaffen. Deshalb ist aber auch der Schluß gerechtfertigt, daß die Civilprozeßordnung, wenn sie so eklatante Fälle wie die des § 580 ausdrücklich als geeignet zur Grundlage der Restitutionsklage hervorhob, andere Fälle irgendwelcher Natur dieser Klage verschließen noch viel weniger aber eine von selbst eintretende Nichtigkeit des Urteils zulassen wollte.[2])

[1]) Kohler „der Prozefs als Rechtsverh." S. 20

[2]) Die einschlägigen Fragen haben eine zusammenhängende Darstellung erfahren von Sintenis bei Busch Ztschr. 30

Demungeachtet hat das Reichsgericht an seiner Ansicht, daß es Urteile gibt, die nur ein Scheindasein führen, konsequent festgehalten und sich daher auch auf den Standpunkt gestellt, daß die Geltendmachung der Simulation eines Judikats weder an die Voraussetzungen der Nichtigkeits- und Restitutionsklage noch auch an die der Vollstreckungsgegenklage gebunden ist, damit also einen ganz eigenartigen Rechtsbehelf aufgestellt, der sich in kein System der Prozeßordnung zwängen läßt, sondern seine Lebenskraft aus materiellem Rechte, dem § 117 B.-G.-B. herleitet.[1]) Man hat

S. 358—422. Die Auffassung des Reichsgerichts ist von der Mehrzahl der Kommentare Gaupp-Stein §§ 767. 322, Reincke § 767, Struckmann Koch § 767, Sydow-Busch § 767 angenommen, neuerdings auch von Dernburg D. Jur. Z. 1905 S. 465 mit andern Fragen zusammen verteidigt werden. A. M. dagegen und wie hier: Kohler schon in „Proz. a Rechtsverh" namentlich S. 93—95, und in Ungeh. und Vollstr. Arch. f. civ. Pr. 80 S. 151, ferner Hellwig S. 211 A. 5, und in „Klagrecht und Klagmöglichkeit" S. 78. A. 5, Weismann S. 301, Engelmann S. 185.

[1]) Die Ansicht des Reichsgerichts ist inzwischen sogar in einer Weise fortgebildet worden, die m. E. in vollständigem Widerspruche mit dem Gesetze steht. Charakteristisch sind dafür insbesondere die Urteile R.-G. 39 S. 142 u. D.-J.-Z. 1905 S. 1109. Urteil vom 14. Oktober 1905. Das letzte Urteil kommt nunmehr direkt zu dem Satz, die Wirkung der Rechtskraft müsse zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem was nicht Recht, den Stempel des Rechts zu geben. Die Richtigkeit dieses Satzes würde die Restitutionsklage zu einem vollständig überflüssigen Institut machen.

Vor einer derartigen Normierung hat sich denn auch das Reichsgericht bisher stets gescheut Nur die Entscheidung Bd. 36 S. 249 macht eine Ausnahme und es muss angenommen werden, dass das Reichsgericht seine damalige Entscheidung selbst als einen Einzelfall betrachtet hat, sonst könnte ihm der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass es in den Entscheidungen Bd. 39 S. 142 und Bd 46 S. 75 nicht die nötigen Konsequenzen aus seiner Stellungnahme gezogen hat. Wenn einem Urteil

diesen Rechtsbehelf damit zu erklären versucht,[1]) daß man sagte, durch den Einwand der Simulation werde nicht die Rechtskraft des Urteils bekämpft, sondern ihre Geltendmachung durch den Gegner. Was heißt das? Um die Geltendmachung eines Urteils unter Aufrechterhaltung der Rechtskraftwirkungen zu bekämpfen, hat die Civilprozeßordnung den besonderen Rechtsbehelf der Vollstreckungsgegenklage gegeben. Ist diese also nicht gemeint, so ist die Geltendmachung nur unter Mißachtung der Rechtskraft zu bekämpfen, d. h. es handelt sich um den voraussetzungslosen Rechtsbehelf, von dem das Reichsgericht spricht. Ist aber die Vollstreckungsgegenklage gemeint, so würde damit behauptet werden, das die Simulation des Hauptprozesses als eine materiellrechtliche Einwendung im Sinne des § 767 angesehen werden könne. Diese Möglichkeit muß bestritten werden und zudem würde jede Prüfung der Voraussetzungen der Klage zeigen, daß sie an der Bestimmung des Abs. 2 scheitern müßte. Die Erschleichung des Urteils ist also jeder prozessualen Anfechtung entzogen.

---

unter Umständen die Rechtskraft versagt wird. wenn man die Möglichkeit annimmt, dass die rechtskräftig festgestellte Schuld in Wirklichkeit nicht existiert, dann darf es auch nicht zweifelhaft bleiben, dass die Vollstreckung eines solchen Urteils unrechtmässig ist, die auf Grund des Urteils gemachte Leistung daher des rechtlichen Grundes entbehrt und kondiziert werden kann Diese Konsequenz, die sich aus dem Urteile vom 14 Okt. 1905 mit Notwendigkeit ergiebt, wäre schon nach dem Urteile Bd. 36 S. 249 durchaus berechtigt gewesen und doch hat sie das Reichsgericht in den citierten Erkenntnissen Bd. 39 u. Bd. 46 mit aller Entschiedenheit abgelehnt. Es hat sie abgelehnt, weil es noch an Lehren der Rechtskraft festhalten wollte, wenngleich es schon gegen die Rechtskraft verstiess, die Erlangung eines Urteils als ein zum Schadensersatz verpflichtende Handlung aufzufassen.

[1]) Gaupp-Stein § 322 Petersen-Anger § 767.

Und doch kann die Vollstreckungsgegenklage ein Mittel sein, um die wirtschaftlich verhängnisvollen Folgen des auf einer Simulation beruhenden, rechtskräftigen Urteils abzuwenden, wenn andere Rechtsbehelfe versagen. Aber dann liegt ihr Grund nicht in der Simulation des Prozesses, sondern in einer rein privatrechtlichen Bindung, welcher sich der Gläubiger hinsichtlich der Vollstreckung des Urteils unterworfen hat. Davon wird unten Seite 64 weiter gesprochen werden.[1])

d) Die Einrede des zweifelhaften Urteilsinhaltes. Die Formel eines kondemnatorischen Urteils soll den Umfang, die Art, den Gegenstand oder andere Modalitäten der Verpflichtung des Schuldners in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise bezeichnen. Nun kann ein Urteil namentlich im Falle der Verurteilung zur Vornahme einer Handlung so unbestimmt sein, daß verschiedene Auslegungen möglich oder eine Auslegung überhaupt nicht möglich ist.[2]) Ist dies der Fall, so ist das, was unter den Parteien Rechtens ist, nicht in der durch den Prozeß erstrebten Weise aufgeklärt. Der Umfang einer solchen Unklarheit des Urteils kann verschieden sein. Zunächst ist es möglich, daß dem Gläubiger die Urteilsformel etwas anderes zu besagen scheint als dem Schuldner. An und für sich könnte dann ein so entstehender Streit im Wege der Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und der nach § 793 gegen die Entscheidung zulässigen Beschwerde erledigt werden. Dies ist aber nur dann möglich, wenn der angegangene Vollstreckungsrichter einen Zweifel

---

1) Es handelt sich dabei wesentlich um die Frage nach dem Zeitpunkt des Entstehens der materiellen Einwendungen, darum wird das Thema unter diesem Titel behandelt.

2) Vgl. die Zusammenstellung von derartigen mangelhaften Urteilsformeln bei Falkmann S. 98.

an der Auslegung und an der Klarheit des Urteils nicht hat. Sind solche Zweifel vorhanden, so ist das Vollstreckungsgericht nicht befugt, unter den Parteien materielles Recht setzend tätig zu werden. Den Parteien bleibt nichts anderes übrig, als auf Klarstellung des Urteilsinhaltes Klage zu erheben. Die Klage kann vom Gläubiger wie vom Schuldner ausgehen, doch wird in der Regel der Gläubiger das größere Interesse an der Klage haben, da das Urteil, das er erlangt hat, sich trotz der kondemnatorischen Form als zur Zwangsvollstreckung ungeeignet herausgestellt hat und die in dem Urteil ausgesprochene Verurteilung noch einer Spezialisierung bedarf, um in Kraft treten zu können. Geht die Klage aber vom Schuldner aus, so wird ihre Natur nicht geändert, sie wird nicht etwa zur Vollstreckungsgegenklage des § 767. Denn der Schuldner bestreitet gar nicht, daß der durch das Urteil festgestellte Anspruch zu Recht bestehe, er wendet sich nicht gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung und macht keine materiellen Gegenrechte geltend. Es fehlen somit die Voraussetzungen wie das Ziel der Vollstreckungsgegenklage. Das Gesetz spricht eben nicht von einem Anspruch, den der Gläubiger geltend macht, sondern von einem Anspruch, den das Urteil feststellt. Ist zweifelhaft, welchen Anspruch das Urteil feststellt, so kann von Einwendungen dagegen nur gesprochen werden, wenn die Einwendungen alle Möglichkeiten in gleicher Weise betreffen, also das Recht des Schuldners auf die Leistung, nicht die Art oder der Umfang der Leistung in Frage stehen. Es ist unzulässig, dem Begriff der Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch selbst eine Ausdehnung zu geben, die weit über den Zweck des Gesetzes hinaus geht.

Mit dieser Auffassung steht es nicht in Wider-

spruch, daß Zweifel über die Tragweite eines Urteils unter Umständen auch durch Vollstreckungsgegenklage entschieden werden können. Glaubt der Schuldner, daß durch eine von ihm bewirkte Leistung dem Judikatsanspruch genügt sei, so kann er gegen die Vollstreckung aus dem Urteil die Vollstreckungsgegenklage erheben. Dem Gläubiger ist dann die Möglichkeit gegeben, seine abweichende Auffassung über einen weitergehenden Inhalt des Urteils verteidigungsweise zur Geltung zu bringen. Die vom Schuldner vorgebrachte Einwendung ist aber auch nicht die des zweifelhaften Urteilsinhaltes sondern einfach die materiellrechtliche Einrede der Erfüllung. [1])

e) Bei Leistungen, die Zug um Zug zu erfüllen sind, kommen die §§ 726 Abs. 2, 756, 765 zur Anwendung. Einwendungen, welche die Nichterfüllung der Verpflichtung des Gläubigers geltend machen, gehören nicht nach § 767, sondern sind gemäß § 766 zu erledigen.

f) Die Abgrenzung zur Klage aus § 323. Durch die Novelle zur Civilprozeßordnung ist im § 323 eine Bestimmung eingefügt worden, die ebenso wie § 767 durch Billigkeitsrücksichten eingegeben ist. Tritt nämlich

---

1) A.M.: Plank II S. 692, Reincke § 767, Sydow-Busch Struckmann-Koch, Wilmowski-Levy (§ 686), Bl. f. Rechtspfl. i. Bez. d Kammer-G. 1900 S. 59. Wie hier Falkmann S. 98, auch wohl Gaupp-Stein II, Vorbem. IV vor § 704. Freilich besteht dabei ein Widerspruch zu § 322. VII. Während Gaupp-Stein § 704 sagt, dass die Klage auch hinsichtlich der Zuständigkeit eine selbstständige von der des § 767 verschiedene Klage sei, behauptet er bei § 322, dafs sie vom Beklagten nach § 767 zu erheben sei. Auf die Rechtsprechung berufen sich die Gegner zu Unrecht. Für sie anscheinend R.-G. 25, 362. Vgl. aber Gruchot 44 S. 1193, Seuff Arch. 43 Nr. 251, 47 Nr. 253 (O.-L.-G. Braunschweig, sehr klar) 56 Nr. 141, J. W. 1887 S. 353. 1889 S. 306, 1896 S. 372 Nr. 16, 1899 S. 94 Nr. 26, S. 304 Nr. 11.

im Falle einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden, wiederkehrenden Leistungen eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse ein, welche für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren, so ist jeder Teil berechtigt, im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen. Sonach gehört die Abänderungsklage systematisch zur Vollstreckungsgegenklage, man ist sogar so weit gegangen, sie als einen Einzelfall des § 767 zu bezeichnen. Dies ist nicht zutreffend, aber die beiden Klagen zu grunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse sind nicht selten die gleichen und passen auf eine Klage wie auf die andre, sodaß die Klagen zwei sich schneidenden Kreisen gleichen, die eine gewisse, wenn auch kleine Fläche gemeinsam haben. Aber die Vollstreckungsgegenklage wendet sich gegen die Vollstreckung, die Abänderungsklage gegen das Urteil, die Vollstreckungsgegenklage stützt sich auf eine Änderung der rechtlichen, die Abänderungsklage auf eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse. Es ändern sich z. B. die tatsächlichen Verhältnisse durch Erhöhung der Erwerbsfähigkeit des Berechtigten oder Verminderung seiner Bedürftigkeit, die rechtlichen Verhältnisse, wenn durch Rechtsgeschäft Erleichterungen des Verpflichteten geschaffen werden. Das Zusammentreffen einer Änderung der rechtlichen mit einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse gibt die Grundlage ab für die Zulässigkeit beider Klagen. Dies ist der Fall bei den schon S. 39 f. erwähnten Unterhaltsforderungen. Tritt nach Rechtskraft des zu Unterhaltsbeiträgen verurteilenden Erkenntnisses eine derartige Verarmung des Verpflichteten ein, daß die Erfüllung des Judikatsanspruchs ihm den standesmäßigen Unterhalt, auf den er einen gesetzlichen An-

spruch hat, nicht lassen würde, so liegt eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse insofern vor, als das Recht auf standesmäßigen Unterhalt jetzt in Wirksamkeit tritt und zu einer Einwendung gegen den Anspruch führt, eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse aber, insoweit die frühere Vermögenslage des Verpflichteten für die Bestimmung der Höhe der Leistungen maßgebend gewesen ist. Dem Schuldner steht es daher frei, welcher der beiden Klagen er sich bedienen will. Nach diesen allgemeinen Grundsätzen sind Streitfragen, ob eine Einwendung unter § 323 oder § 767 fällt, zu entscheiden.

Das Inkrafttreten neuer Gesetze bedingt eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse. Daher ist das Aufhören der Unterhaltspflicht zwischen Geschwister und Verschwägerten, wie es durch das B.-G.-B. herbeigeführt wurde, nach § 767 geltend zu machen.[1]) Die Tatsache der Familienzugehörigkeit bleibt bestehen; nur das aus der Familienzugehörigkeit erwachsende Recht erlischt. Wäre § 323 gegeben, so wäre die Folge, daß Leistungen zwischen Geschwistern, die auf Grund des Erkenntnisses nach dem 1. Januar 1900 bewirkt sind, nicht zurückgefordert werden könnten (§ 323 Abs. 3). Die Zulässigkeit der Zurückforderung aber wird kaum einem Zweifel begegnen.[2]) [3])

3. Die Präklusion von Einwendungen.

Das Urteil, das durch seine Rechtskraft einen Rechtsstreit beendet, ordnet die den Rechtsstreit be-

[1]) Vgl. oben S. 36.

[2]) Ob die Zurückforderung durch § 814 B. G.-B. ausgeschlossen wird, ist eine andere, dogmatisch von der vorliegenden zu trennende Frage.

[3]) § 323 halten für gegeben: u. a. Gaupp-Stein u. Sydow-Busch. Sie berufen sich dabei auf J. W. 1900 S. 431. Aus dieser Entscheidung geht aber nicht hervor, ob sie nach § 323 oder nach § 767 entschieden ist. Wie im Text: Seuffert § 323.

treffenden materiellen Rechtsbeziehungen der Parteien in unanfechtbarer Weise. Mag der Richter in seiner Beurteilung der Rechtslage auch fehlgegangen sein, so ist doch keiner Partei Raum gegeben, eine solche falsche Beurteilung der andern Partei gegenüber geltend zu machen. Nur in ganz bestimmten eng umgrenzten Fällen, bei offenbaren Mängeln der gerichtlichen Tätigkeit, bei erweislicher Beugung des materiellen Rechts besteht in der Wiederaufnahme des Verfahrens die Möglichkeit einer Beseitigung des früheren Richterspruchs. Einwendungen des Schuldners, die im Rechtsstreit bereits vorgebracht sind oder doch vorgebracht werden konnten, werden daher mit der Rechtskraft des Urteils ausgeschlossen. Wenn daher dem Schuldner überhaupt die Möglichkeit gegeben werden sollte, Einwendungen gegen die Vollstreckung des Urteils geltend zu machen, so mußte das Gesetz einen Zeitpunkt bestimmen, von dem an Einwendungen hinsichtlich derZeit ihrer Entstehung zulässig werden sollten.

Dem Gesetze standen dafür verschiedene Wege offen. In verschiedenen Prozeßordnungen[1]) und auch im hannoverschen (§ 683), österreichischen (§ 800) und norddeutschen Entwurf (§ 916) war unter strenger Aufrechterhaltung des Prinzips der Rechtskraft die Erlassung des Urteils als maßgebend für den Ausschluß von Einwendungen angesehen worden. Der preußische Entwurf (§ 1029) ließ die mündliche Verhandlung, auf welche das zu vollstreckende Urteil ergangen war, entscheidend sein. Der I. Entwurf ging im § 635 noch weiter, indem er den Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung ausschlaggebend sein ließ, in der Einwendungen prozessualisch spätestens hätten geltend gemacht werden müssen. Nach der Begründung des

[1]) Proz.-Ordn. v. Hannover § 575, Württemberg. Art. 902.

Entwurfs[1]) war dafür die Erwägung maßgebend, daß zwischen dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher der Partei zuletzt Gelegenheit zu tatsächlichem mündlichen Vorbringen geboten ist, und dem Erlasse des zur Vollstreckung stehenden Urteils bei einer tatsächliches Vorbringen ausschließenden Revisionsinstanz häufig ein bedeutender Zeitraum liegen wird, sodaß der Ausschluß der Partei mit den inzwischen entstandenen Einwendungen eine ungerechtfertigte Härte enthalten würde. Diesen Erwägungen trat die Kommission bei und so bestimmt § 767 Abs. 2, daß Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch nur insoweit zulässig sind, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen des Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind. Es fragt sich nun, welche mündliche Verhandlung im einzelnen Falle in Betracht kommt.

Nach § 278 können Verteidigungsmittel bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden. Dasselbe gilt nach § 529 für die Berufungsinstanz, nicht dagegen für die Revision, da bei dieser jedes tatsächliche Vorbringen ausgeschlossen ist (§ 549). Der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz bleibt also für den Ausschluß der Einwendungen unter allen Umständen maßgebend. Wird die Berufung als unzulässig verworfen (§ 535), so ist kein Urteil in der Sache selbst ergangen, der Schuldner hat keine Gelegenheit zum Vorbringen von Einwendungen gehabt, es verbleibt demnach bei der Schlußverhandlung erster Instanz. In gleicher Weise ist die letzte Verhandlung

[1]) Vgl. Hahn S. 438.

des Hauptprozesses maßgebend, wenn die Wiederaufnahmeklage als unzulässig verworfen wird. Es macht keinen Unterschied, ob das Urteil bedingt oder unbedingt erlassen ist, da im Läuterungsverfahren sachliche Einreden nicht gehört werden[1]). Ist im Urkunden- und Wechselprozess der Beklagte unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte verurteilt worden (§ 599), so bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig und der Beklagte hat bei Vermeidung des späteren Ausschlusses alle Einwendungen vorzubringen. Findet jedoch ein Nachverfahren nach §§ 302, 529 Abs. 3 oder 540 statt, so wird der Beklagte mit neuen Einwendungen, die im Laufe des Rechsstreits entstehen, nicht ausgeschlossen, da er im Verfahren nur die ihm ausdrücklich vorbehaltenen Einwendungen geltend machen kann. Nach Schluß eines vorbereitenden Verfahrens können Verteidigungsmittel in der mündlichen Verhandlung nur geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß dieselben erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sind. Nun ist der Fall denkbar, daß dem Schuldner diese Glaubhaftmachung nicht gelingt. Dann können die später entstandenen Einwendungen noch in der Zwangsvollstreckungsinstanz vorgeschützt werden, obwohl sie vor Schluß des Prozesses entstanden sind. Die maßgebende letzte mündliche Verhandlung ist dann eben kraft ausdrücklicher Bestimmung des § 354 der Schluß des vorbereitenden Verfahrens. Einwendungen, die dem Schuldner erwachsen, wenn über den Grund eines Anspruchs vorab entschieden ist (§ 304), sind in dem Verfahren über den Betrag geltend zu machen. Wenn auch das Urteil in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen ist, so bleibt das Verfahren doch ein einheitliches und die Trennung erfolgt lediglich aus

[1]) R. G. 17, 341 mit eingehender Begründung.

Zweckmässigkeitsgründen. Eine Geltendmachung oder Einwendungen mittels Vollstreckungsgegenklage ist ausgeschlossen, da die Entscheidung über den Grund des Anspruchs eine bloße Feststellung enthält, die Vollstreckungsgegenklage also schon um deswillen nicht gegeben wäre, außerdem aber auch die Vollstreckung aus dem den Betrag festsetzenden Urteile erfolgt und hinsichtlich dieses Urteils die Einwendung durch die Rechtskraft präkludiert ist[1]).

Die Bestimmung der maßgebenden letzten mündlichen Verhandlung stößt auf Schwierigkeiten im Falle des § 731. Kann der Schuldner gegenüber der Klage des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Einwendungen gegen den Anspruch selbst erheben und ist er bejahendenfalls gebunden es zu tun? Die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel findet dann statt, wenn der nach den §§ 726 Abs. 1 und 727—729 erforderliche Nachweis für die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht geführt werden kann. Durch das ergehende Urteil will der Gläubiger in den Stand gesetzt werden, von dem Gerichtsschreiber die Erteilung der Vollstreckungsklausel zu erlangen. Er bedarf der Klausel, um die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner vorzunehmen. Daher handelt es sich, wenn der Gläubiger eine Rechtsnachfolge prätendiert, in dem Prozeß nicht etwa um diese von dem Gläubiger in Anspruch genommene Rechtsnachfolge, die nur die Voraussetzung eines für den Kläger günstigen Urteils bildet, sondern um den Anspruch des Klägers auf Vollstreckung des Urteils. Steht aber ein Vollstreckungsanspruch in Frage, dann müssen auch alle Einwendungen zulässig sein, die geeignet sind, diesen

1) Vgl. auch Falkmann S. 392. Daselbst auf S. 393, A. 27 die Litteratur.

Anspruch zu zerstören. Denn der Anspruch ist ungerechtfertigt nicht nur dann, wenn die behauptete Rechtsnachfolge nicht besteht, sondern auch dann, wenn eine Vollstreckung unrechtmäßig wäre, weil der Anspruch inzwischen erloschen ist. Sonach kann der Schuldner auch die materiellrechtlichen Einwendungen des § 767 vorbringen[1]).

Werden die Einwendungen aber zugelassen, so ist die mündliche Verhandlung in dem Prozeß um die Erteilung der Vollstreckungsklausel eben die »letzte mündliche Verhandlung, in welcher Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden müssen.« Selbst wenn das Gesetz mit diesen Worten nur die mündliche Verhandlung des Hauptprozesses hätte bezeichnen wollen, so hängt doch das Urteil, das die Erteilung der Vollstreckungsklausel gewährt, damit also das Urteil des Hauptprozesses ergänzt und lebenskräftig macht, so nahe mit dem Hauptprozesse zusammen, daß eine Ausdehnung der Bestimmung des § 767 Abs. 2 auf das Verfahren nach § 731 nicht nur unbedenklich sondern notwendig erscheint. Zudem aber liegt für die Annahme, daß das Gesetz nur den Hauptprozeß gemeint hätte, gar kein Grund vor. Da die Vollstreckungsgegenklage nicht den rechtskräftig festgestellten materiellen Anspruch zerstören will, sondern den Vollstreckungsanspruch, so müssen die der Klage zu Grunde liegenden Einwendungen auch einem Prozeß gegenüber in Wirksamkeit treten, der den Vollstreckungsanspruch erst feststellen soll. Der Schuldner muß

[1]) Die herrschende Ansicht. Falkmann S. 141 u. A. 36 das., Hellwig S. 171/72 u. A. 30, R. G. 34,346. Die gegenteilige Ansicht muſs zu dem Ergebnis kommen, daſs der Schuldner dem Gläubiger unter Umständen zur Erlangung der Vollstreckungsklausel behilflich ist und dann der Vollstreckung daraus entgegentritt. So in der Tat Hellmann § 667 (731) u. Rintelen bei Busch Ztschr. 9, 205.

deshalb seine materiellen Einwendungen in dem Verfahren nach § 731 geltend machen, und es entspricht dies auch dem Streben der Zivilprozeßordnung, alle Einreden in der Zwangsvollstreckung so weit als möglich zu beschränken[1]).

Was für die Klage aus § 731 gilt, das muß in gleicher Weise auch für die Klagen der §§ 722 und 1042 gelten, durch die der Gläubiger das Vollstrekkungsurteil zum Zwecke der Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urteil oder einem Schiedspruch begehrt. Bei beiden Klagen sind alle Einwendungen zulässig, durch die der Anspruch des Gläubigers auf Vollstreckung als ein unbegründeter erscheinen könnte. Demgemäß werden auch die nicht vorgebrachten Einwendungen durch den Schluß der mündlichen Verhandlungen, auf die das Vollstreckungsurteil ergeht, ausgeschlossen.[2])

4. Die Entstehungszeit der Einwendungen.

Da Abs. 2. des § 767 die Zulässigkeit von Einwendungen ausdrücklich an die Bedingung knüpft, daß die Gründe, auf denen sie beruhen, vor dem maßgebenden Zeitpunkt entstanden sind, so kann der Umstand, daß sie zwar vorher entstanden, aber dem Schuldner nicht bekannt geworden sind, ihre Zulassung nicht begründen. Die Preuß. Verordnung vom 4. März 1834 § 6, hatte nicht schuldhaft versäumte Einwendungen zugelassen. Ihre Nichtzu-

[1]) Sehr bestritten. A. M. Die meisten Kommentare, Falkmann S. 141 und R. G. 11,434. Wie hier: Mayer bei Gruchot 33 S. 327, v. Sarvey § 667, Hellwig S. 170/74, Wach „Vorträge" S. 138. Auch scheint R. G. 34 S. 350 a. E. die cit. Entsch. in 11, 434 nicht zu billigen.

[2]) Dies erkennt auch Falkmann S. 393 an, der die Präklusion für die analoge Klage aus § 731 bestreitet.

lassung mag bisweilen zu Härten führen, aber ein so tiefgehender Eingriff in das Prinzip der Rechtskraft wurde von den Motiven[1]) mit Recht abgelehnt. Die Unbilligkeit, die darin liegen kann, daß der Schuldner mit vorher entstandenen, ihm aber unbekannt gebliebenen Einwendungen ausgeschlossen wird, hat Kohler[2]) und Seuffert[3]) zu einer merkwürdigen Argumentation geführt. In einem solchen Falle nämlich wollen sie nicht den Umstand, der die Tilgung des Anspruchs herbeigeführt hat, sondern das Betreiben der Zwangsvollstreckung selbst als den Grund der Vollstreckungsgegenklage ansehen. Hier sei die Vollstreckungsgegenklage nur eine Anwendung der exceptio doli. Dabei wird übersehen, daß der Dolus des Gläubigers in allen übrigen Fällen der Vollstreckungsgegenklage der gleiche sein kann, die Bestimmung des § 767 Abs. 2 demgemäß einfach dadurch übergangen werden könnte, daß die Klage auf den Dolus gestützt wird. Dadurch richtet sich eine derartige Auslegung von selbst, sie ist mit dem Zwecke des Gesetzes nicht vereinbar.

Sind die Einwendungen vor der maßgebenden mündlichen Verhandlung entstanden, so bleibt dem Schuldner zunächst der gewöhnliche Rechtsmittelzug nach Rechtskraft des Urteils die Restitutionsklage, falls deren Voraussetzungen gegeben sind.

Der Zeitpunkt, in dem die Einwendungen entstehen, wird durch das bürgerliche Recht bestimmt, dessen Lehren hier tief in das Civilprozeßrecht einschneiden. Macht der Schuldner geltend, daß der Anspruch des Gläubigers erloschen sei, so kommt es auf den Zeitpunkt des Eintretens derjenigen Tatsachen an, die das

---

[1]) Vgl. Hahn S. 438.
[2]) Arch. f. civ. Pr. 80 S. 195.
[3]) § 767.

Erlöschen bewirkt haben. Dies mag an einem Beispiel gezeigt werden. Hat jemand nach Erlaß des Urteils aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt, so wird er durch die ordnungsmäßig erfolgte Hinterlegung befreit, kann also gegenüber der Vollstreckung sich auf die Tilgung des Anspruchs berufen. Der Grund der Tilgung des Anspruchs ist hier nach der maßgebenden Verhandlung entstanden, es bleibt daher ohne Bedeutung ob der Grund der Hinterlegung z. B. die Pfändung der Forderung, schon vorher bestand, und im Hauptprozesse geltend gemacht werden konnte. Die Bestimmung des § 767 Abs. 2 ist kein Grund, dem Schuldner das Recht zur Hinterlegung zu entziehen. [1])

Anders würde der Fall liegen, wenn die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht ausgeschlossen ist. Hier pocht der Schuldner auf sein Recht zur Hinterlegung, nicht auf die erfolgte Tilgung des Anspruchs Hat in diesem Falle der Grund der Hinterlegung schon vorher bestanden, so wäre die Einrede durch Abs. 2 präkludiert.[2])

Ein lebhafter Streit knüpft sich an die Frage, wann der Grund der Aufrechnungseinrede entstanden ist. Es sollen bei dieser Frage zunächst die unstreitigen Fälle ausgeschieden werden. Hat der Schuldner eine Gegenforderung, die erst nach dem in Abs. 2 bestimmten Zeitpunkte fällig wird, erwächst ihm also erst in der Vollstreckungsinstanz die Möglichkeit der Aufrechnung, so unterliegt seine Befugnis hierzu keinem Zweifel. Er kann die durch Aufrechnung bewirkte Tilgung des Anspruchs mittels Vollstreckungsgegenklage

[1]) R. G. 30, 199. Für Pr. A. L. R. entschieden, aber auch für B. G. B. wirksam.

[2]) R. G. 25, 427.

geltend machen. Aber wie steht es, wenn die Möglichkeit der Aufrechnung schon während des Prozesses bestand? Nach § 388 B. G. B. erfolgt die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem andern Teil und erst diese Erklärung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Hier sind nun zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Die Aufrechnung geht vom Gläubiger aus. Dann wird durch die Erklärung der Aufrechnung der Judikatsanspruch des Gläubigers ganz oder teilweise getilgt. Er wird getilgt in einer Weise, die vom Willen des Schuldners unabhängig ist. Der Gläubiger begibt sich selbst des Rechtes, die Vollstreckung vorzunehmen; daher wird die Möglichkeit der Vollstreckung, die er im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung noch immer hat, zu einer Gefahr für den Schuldner. Dieser Gefahr muß er entgegentreten können, und das Mittel dazu ist die Vollstreckungsgegenklage.

2. Die Aufrechnung geht vom Schuldner aus. Hier ist die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage zu verneinen, wenn auch die Tilgung des Anspruchs erst nach dem in § 767 Abs. 2 angegebenen Zeitpunkte herbeigeführt worden ist. Der Grund der Unzulässigkeit liegt darin, daß die Aufrechnungsbefugnis schon durch das Gegenübertreten kompensabler Forderungen entsteht. Mit der Befugnis entsteht aber auch die Einrede gegen das Recht des Gegners, die zu ihrer Wirksamkeit nur der Erklärung bedarf. Diese Erklärung ist im Prozesse abgegeben eine Prozeßhandlung, die das Recht des Gegners zerstört. Der Zweck des Abs. 2 liegt aber darin, daß er eine Fortsetzung des Prozesses in der Vollstreckungsinstanz verhindern

will. Im Hauptprozeß kann der Beklagte sich bis zur letzten mündlichen Verhandlung aller Verteidigungsmittel bedienen. Tut er es nicht, so verliert er die Befugnis, es in der Zwangsvollstreckung zu tun. Und dahin gehört die Einrede der Aufrechnung, die der Schuldner vorher anzubringen imstande war, sie aber versäumte. Dafür, daß die Ausschließung der Aufrechnungseinrede in der Absicht des Gesetzgebers lag, bietet auch die Entstehungsgeschichte des B. G. B. einen Anhalt. Der zweiten Kommission lag ein Antrag vor,[1]) den Einwand der Aufrechnung mit vorher fällig gewordenen Gegenforderungen in der Zwangsvollstreckung auszuschließen. Von einer solchen Regelung wurde jedoch, da die Vorschrift in das Prozeßrecht gehöre, wegen ihrer Entbehrlichkeit Abstand genommen. Der Grund der Aufrechnungseinrede ist eben schon im Augenblick der Aufrechnungsmöglichkeit entstanden, der Schuldner daher später mit der Einrede präkludiert.[2]) Aus diesem Grunde macht es auch keinen Unterschied, ob der Schuldner selbst oder etwa der Übernehmer der Schuld mit Gegenforderungen, die in seiner Person entstanden sind, aufrechnet.

Die hier entwickelten Grundsätze gelten nicht singulär für die Aufrechnung, sondern sie sind der Ausfluß eines allgemeinen Prinzips, von dem die Aufrechnung nur einen Anwendungsfall darstellt. Dieses Prinzip wird von Abraham[3]) zutreffend dahin normiert: »Alle Rechtsgeschäfte, die im Prozesse vorgenommen zum Ausdruck bringen, daß der Beklagte den unantastbaren Bestand des klägerischen Rechts negiere,

---

[1]) Prot I S. 1414/15.

[2]) Die herrschende Ansicht. Vgl. Abraham „Aufrechnung und Eingriffsrecht" Berl. Diss. R. G. in I. W. 1902 S. 531 Nr. 8, Hellwig S. 20, S. 406, Gaupp-Stein und Seuffert zu § 767.

[3]) S. 64.

daher zugleich Prozeßhandlungen sind, unterliegen dem Ausschlusse durch rechtskräftiges Urteil, falls sie nicht vor dem Urteile vollzogen werden, obgleich ihre Voraussetzungen zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlungen gegeben sind. Das im Urteile dem Kläger rechtskräftig zuerkannte Recht ist insoweit ein wirksames, als es durch die nachträgliche Vornahme der präkludierten Einwendung in seinem Bestande nicht mehr angetastet werden kann. Ein Einwand in der Vollstreckungsgegenklage kann auf jene nicht gestützt werden«. Zu Rechtsgeschäften dieser Art gehört vor allen Dingen die Anfechtung (§ 142 f. B. G. B.), aber auch die Erklärung der Wandelung oder Minderung. Zweifel entstehen bezüglich des Rücktritts und des Widerrufs. Ihre Lösung hängt mit der juristischen Konstruktion der betreffenden Erklärungen zusammen, die hier wie die Einzelheiten der Materie überhaupt nicht näher behandelt werden kann. [1])

Die Normierung des Zeitpunktes, in dem die Einwendungen entstehen, bereitet aber auch in anderen Fällen Schwierigkeiten. Es gibt Fälle, in denen eine Einwendung erst in der Vollstreckungsinstanz vorgeschützt werden kann, und daraus hat man dann geschlossen, daß auf solche Fälle die Bestimmung des § 767 Abs. 2 keine Anwendung finden könne. Man hat sich gescheut, diesen Fällen auf den Grund zu gehen und sich nicht das Bedenkliche einer Beweisführung vergegenwärtigt, die einer Gesetzesbestimmung unter gewissen Umständen die Wirksamkeit versagt.

Dahin gehört zunächst der Einwand des zweifelhaften Urteilsinhaltes. Es ist zwar schon oben darauf hingewiesen worden, daß dies keine materiellrechtliche Einwendung ist, die nach § 767 geltend zu machen wäre. Sie wird deshalb hier auch nur erwähnt, um zu

[1]) Vgl. Abraham S. 64 f.

zeigen, wie in solchen Fällen verfahren wird. Das Reichsgericht (25, 362) sagt von diesem Einwand wörtlich: es handelt sich um den Einwand des zweifelhaften Urteilsinhaltes, »welcher Einwand überhaupt erst aus Anlaß der Vollstreckung erwachsen kann, sodaß die Bestimmung des 2. Absatzes in § 686 (767) C. P. O. auf denselben nicht anwendbar ist«. Die Behauptung, der Einwand könne erst aus Anlaß der Vollstreckung erwachsen, ist nur mit der Modifikation richtig, daß er erst in der Vollstreckungsinstanz erwachsen kann, denn es ist doch möglich, daß die Parteien das Unklare des Urteilsinhaltes schon vor der Vollstreckung erkennen und der Schuldner deshalb die Vollstrekkungsgegenklage erhebt — immer vorausgesetzt, daß wirklich eine nach § 767 geltend zu machende Einwendung vorläge. Wenn der Einwand aber erst in der Vollstreckungsinstanz geltend gemacht werden kann, so beruht dies darauf, daß sein Grund die unklare Fassung des Urteils ist. Da nun das Urteil erst nach der letzten mündlichen Verhandlung erlassen wird, so ist der Grund der Einwendung naturgemäß ebenfalls erst später entstanden. Wir hätten also in dem Einwand, von dem das Reichsgericht behauptet, auf ihn könne die Bestimmung des § 767 Abs. 2 keine Anwendung finden, geradezu ein Musterbeispiel für die Anwendung dieses Satzes.

Das Gleiche gilt von der exceptio excussionis realis (777). Auch dieses Beispiel ist zwar jetzt unpraktisch, weil die exceptio excussionis realis durch die Novelle auf den Weg des § 766 verwiesen ist. Gesetzt den Fall aber, daß sie nach § 767 geltend zu machen wäre, würde doch die Behauptung nicht zutreffen, daß Abs. 2 auf sie keine Anwendung finde. Denn erst dadurch, daß der Gläubiger in den Stand gesetzt wird zu vollstrecken, wird das Recht des Schuldners,

daß der Gläubiger zunächst aus der verpfändeten Sache Befriedigung suche, existent. Der Grund der Einwendung entsteht daher mit der Vollstreckbarkeitserklärung oder der Rechtskraft des Urteils, aus dem vollstreckt wird, ist also auch hier nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden.

Von praktischer Bedeutung ist aber noch jetzt der Fall, daß die Parteien vereinbart haben, das Urteil überhaupt nicht oder nur unter gewissen Umständen und in gewissem Umfange zu vollstrecken. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung, die sich als Erlaß oder Stundung der materiellen Schuld darstellt, ist schon S. 33 f. erörtert worden. Können die Parteien nach Erlaß des Urteils über dessen zwischen ihnen geltende Wirksamkeit verfügen, so muß ihnen diese Verfügungsbefugnis auch während des Prozesses, ja auch für die Zeit vor Erhebung der Klage zugestanden werden. Nur das fragt sich, ob auf solche Vereinbarung eine Einwendung in der Zwangsvollstreckungsinstanz gestützt werden kann. Die Rechtsprechung hat diesen Fall nach verschiedenen Grundsätzen entschieden. Die größte Schwierigkeit machte dabei die Frage nach dem Zeitpunkt des Entstehens der Einwendung. Ermangelt denn nicht, wenn der Ausschluß oder die Beschränkung der Zwangsvollstreckung vor oder während des Prozesses ausbedungen ist, für die Vollstreckungsgegenklage die Voraussetzung des § 767 Abs. 2?

Die sich ergebenden Schwierigkeiten sucht Kohler[1]) damit zu lösen, daß er als den Grund der Einwendung das Betreiben der Zwangsvollstreckung auffaßt. Die Exekution sei ein Zuwiderhandeln gegen

[1]) Ges. Beiträge S. 166. Die Deduktion Kohlers ist hier die gleiche wie bei dem Fall, daſs eine Einwendung vorher entstanden, dem Schuldner aber nicht bekannt geworden ist. Vgl. S. 59. Die Auffassung Kohlers ist hier wie dort unhaltbar.

eine vertragsmäßig übernommene Verpflichtung, darum entstehe erst in diesem Momente ein »Anspruch auf Redressierung eines rechtswidrigen Zustandes, der mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden könne«. Der Ansicht Kohlers hat sich auch das Reichsgericht in einer Entscheidung I. W. 1901 S. 122 Nr. 10 angeschlossen, in der es seine Ansicht in ganz ähnlicher Weise unter besonderer Hervorhebung des in der Vollstreckung liegenden Dolus-Momentes begründet.

Indessen kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Sie beruht auf einer unzulässigen Interpretation des Begriffs der »Gründe«, von denen § 767 spricht. Hier wird der innere Rechtsgrund mit dem äußeren Anlaß verwechselt.[1]) Vollstreckungsmaßregeln lösen in nahezu allen Fällen, ausgenommen sind nur diejenigen, wo die Klage erhoben wird, ohne daß der Gläubiger zur Vollstreckung geschritten ist, die Vollstreckungsgegenklage aus. Will man aber auch bei dem normalen Fall der Zahlung oder des Erlasses das Betreiben der Zwangsvollstreckung als den »Grund« der Vollstreckungsgegenklage bezeichnen? Folgerichtig wäre es durchaus, da der Dolus im Vorgehen des Gläubigers in beiden Fällen der gleiche ist. Aber nein, der Ursprung der Einwendung bleibt der Vertrag, den die Parteien vor dem Prozeß geschlossen haben, der Grund ist die aus dem Vertrage sich ergebende Verpflichtung auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung, die Vollstreckung ist lediglich der Anlaß, gegen den Gläubiger mit der Vollstreckungsgegenklage vorzugehen. Wäre die Ansicht Kohlers richtig, so müßte man konsequenter Weise zu dem Schluß kommen, daß gegenüber der Vereinbarung nicht zu vollstrecken die Vollstreckungsgegenklage erst nach

[1]) Sintenis bei Busch 30 S. 409.

Beginn der Zwangsvollstreckung erhoben werden könnte. Das aber wäre für alle, welche die Klage auch gegen die drohende Zwangsvollstreckung zulassen, eine ganz willkürliche, durch nichts zu rechtfertigende Beschränkung.

Zu einem nicht weniger unbefriedigendem Ergebnis kommt Sintenis[1]), obwohl ihm in seiner Bekämpfung Kohlers durchaus zuzustimmen ist. Er stellt fest, dass die Einwendung des vertragsmäßigen Ausschlusses der Vollstreckung zu denjenigen Einwendungen gehöre, welche erst in der Vollstreckungsinstanz vorgeschützt werden können, und unter Berufung auf das beneficium excussionis realis des bisherigen preußischen Rechts begnügt er sich mit der Behauptung, daß auf Einwendungen, die ihrer Natur nach erst in der Vollstreckungsinstanz gegeben sind, die Bestimmung des § 767 Abs. 2 keine Anwendung finde.

Schon oben ist hervorgehoben worden, daß eine solche Argumentation irrtümlich und unzulässig ist. Ihr liegen dem Rechtsgefühl nachgebende, nicht wissenschaftliche Erwägungen zugrunde. Es ist ein Trugschluß zu behaupten: Diese oder jene Einrede ist erst in der Zwangsvollstreckungsinstanz anwendbar, also findet die Bestimmung des § 767 Abs. 2 darauf keine Anwendung. Es muß vielmehr gefragt werden: Warum ist sie erst in der Vollstreckungsinstanz gegeben? Warum kann der Schuldner die Einwendung des vertragsmäßigen Ausschlusses der Vollstreckung erst gelegentlich der Vollstreckung vorbringen? Die Beantwortung dieser Frage ergibt das überraschende Resultat, daß der Grund der Einwendung erst nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist, daß somit die Voraussetzung des § 767, 2 vorliegt

[1]) S. 410/11.

und es keiner spitzfindigen Konstruktionen bedarf, um den Willen des Gesetzes aufzudecken.

Die Parteien haben vor dem Prozesse einen Vertrag geschlossen, durch den sich der Gläubiger verpflichtet, das in dem Prozesse ergehende Urteil gar nicht oder nur unter bestimmten Umständen zur Vollstreckung zu bringen. Ein solcher Vertrag wäre an sich sinnlos in gleicher Weise wie ein Vertrag, in dem sich jemand verpflichtet, nicht über einen Turm zu springen. Wenn sich jemand verpflichtet, ein Urteil nicht zur Vollstreckung zu bringen, so ist die naturgemäße Voraussetzung der rechtlichen Wirksamkeit seiner Verpflichtung, daß er im Besitze eines vollstreckbaren Titels ist. Verträge, die auf eine obligatio non faciendi gerichtet sind, sind nur dann in der Rechtswelt von Bedeutung, wenn die facultas faciendi besteht. Besteht sie zur Zeit des Abschlusses nicht, so ist der Vertrag nicht ohne weiteres auf eine unmögliche Leistung gerichtet und darum nichtig, unter allen Umständen aber ist ihm zunächst die Klagbarkeit versagt, weil die eingeklagte Leistung ein Rechtsgut nicht darstellt. Die Parteien machen, ob ausdrücklich, ob stillschweigend den Vertrag von der Bedingung abhängig, daß die Möglichkeit des Zuwiderhandelns gegeben wird. Von dem Abschlusse des Vertrages an bestehen nun Anwartschaftsrechte des Schuldners auf ein Unterlassen von seiten des Gläubigers. Diese Anwartschaft auf das Klagerecht geht in dem Klagerecht auf, sobald sich die Bedingung erfüllt d. h. der Gläubiger in den Stand gesetzt wird, eine Vollstreckung vorzunehmen. Dies ist bei Urteilen in der Regel die Beschreitung der Rechtskraft, nur bei Urteilen, die für vorläufig vollstreckbar erklärt sind, schon die Verkündung. Erst in diesem Augenblicke tritt der Verpflichtung des Gläubigers das Recht des Schuldners

gegenüber die Verpflichtung geltend zu machen d. h. aber nichts anderes, als daß erst jetzt die Verpflichtung greifbare Gestalt, erst jetzt rechtliche Bedeutung erhält. Denn wenn ich zwar verpflichtet bin, aber einerseits selbst nicht zuwiderhandeln, andererseits niemand die Erfüllung der Verpflichtung von mir fordern kann, was bleibt da noch von einer Verpflichtung übrig? Nichts weiter als der Name, als ein Phantom von dem jedes juristische Kleid abfallen muß, dem keinerlei rechtliche Bedeutung zukommt.

Auf diesen Zeitpunkt der Enstehung des Klagerechts sind die Einwendungsgründe, von denen § 767 spricht, zurückzubeziehen. Das ist aber regelmäßig der Augenblick, in dem das im Prozeß ergangene Urteil die Rechtskraft beschreitet. Der vor dem Prozesse abgeschlossene Vertrag streut den Samen, die Rechtskraft aber läßt ihn aufgehen, die Rechtskraft erzeugt die Wirkungen, die zur Begründung der Einwendungen aus § 767 dienen.[1])

Die so gewonnenen Ergebnisse ermöglichen es, der Frage des sog. simulierten Prozesses näher zu treten und zu einer befriedigenden Lösung zu kommen. Es war hier abgelehnt, das ein simuliertes Rechtverhältnis feststellende Urteil schlechthin für nichtig zu erklären, wie es das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 36 S. 249 tut.[2])

---

[1]) Der richtige Gedanke scheint einer Ausführung zugrunde zu liegen, die sich in R. G. 46 S. 336/37 findet. Im Hinblick auf die oben cit. Entscheidungen Bd. 36, 249, J. W. 1898 S. 209 Nr. 31, S. 372 Nr. 75 und die wieder anders begründende Entsch. J. W. 1901 S. 122 Nr. 10 folgt, daſs die Rechtssprechung in diesem Punkte schwankend ist.

[2]) Es sei dabei auf einen Widerspruch verwiesen, der zwischen dieser Entscheidung und der schon oben citierten Entscheidung Bd. 46 S. 334 besteht. In der ersten heifst es: ein Urteil könne unter Umständen nicht geeignet sein, das „ver-

Aber unbeschadet der Rechtskraft des ergehenden Urteils kann der Schuldner der Geltendmachung des Urteils entgegentreten. Und zwar beruht dies auf der eigenartigen Natur derartiger Simulationsverträge. Wir haben keinen einheitlichen Vertrag vor uns, der auf die Erschleichung eines Urteils gerichtet wäre, sondern dieser prozeßrechtliche Simulationsvertrag wird mit einem privatrechtlichen Vertrag über die Geltendmachung des zuerkannten Anspruchs verbunden. Der Schuldner liefert sich nicht ohne weiteres der Macht des Gläubigers aus, sondern er verpflichtet stillschweigend oder ausdrücklich den Gläubiger, das Urteil nicht oder nur unter bestimmten Umständen zur Vollstreckung zu bringen. Die Verpflichtung des Gläubigers hat die stattgehabte Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners, nämlich das Urteil über sich ergehen zu lassen, zur Voraussetzung.

Es kann hier nicht näher auf die Struktur derartiger prozeßrechtlicher Verträge eingegangen werden, wie sie in der Übernahme einer solchen Verpflichtung von seiten des Schuldners liegen. Es erübrigt sich eine Darlegung, daß ein rechtlich wirksamer Verzicht auf prozessuale Handlungsbefugnisse überhaupt insoweit unmöglich ist, als er von der Civilprozeßordnung nicht ausdrücklich gewährt wird und daß deshalb Rechtsfolgen aus einem derartigen Vertrage nur

---

tragsmäfsig zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis in ein anderes umzuwandeln und Rechte zu begründen, die nach dem Willen der Parteien nicht entstehen sollten", in der zweiten dagegen findet sich auf S. 336 der Satz: Das Urteil schaffe Recht „und zwar mit der Wirkung, dafs selbst ein in Wirklichkeit nicht vorhanden gewesenes Recht von nun an zu einem bestehenden Rechte wird". Dieser Widerspruch ist vorhanden, wenn auch die Entsch. Bd. 46 die Entsch. Bd. 36 billigt.

in der Form entstehen können, daß die Zuwiderhandlung eine Schadensersatzpflicht herbeiführt[1]).

Der Schuldner kann sich nicht wirksam verpflichten, dem Antrage des Gläubigers nicht zu widersprechen oder im Termine überhaupt nicht zu erscheinen. Wenn er aber dem Vertrage gemäß gehandelt hat, den Gläubiger in den Besitz eines rechtskräftigen Schuldtitels und damit in die Möglichkeit versetzt hat, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, dann tritt das aus dem privatrechtlichen Vertrage sich ergebende Recht, der Zwangsvollstreckung entgegentreten zu können, ungehindert in Wirksamkeit. Es wird zur Grundlage der Vollstreckungsgegenklage und führt in dieser Form die sich aus dem Urteile kraft öffentlichen Rechts ergebenden Befugnisse des Gläubigers auf das Maß zurück, das die Parteien bei ihrer ersten Vereinbarung im Verhältnis zu einander festsetzen konnten und wollten.

Nur die richtige Erkenntnis dieser Zweiteilung eines Simulationsvertrages vermag zur Lösung der schwierigen prozessualen Fragen zu führen[2]). Sie erklärt es, daß die Vollstreckungsgegenklage auch dann zulässig ist, wenn der prozeßrechtliche Vertrag aus irgend einem Grunde nichtig ist. Und dies wird gar nicht allzu selten der Fall sein. Rechtsgeschäfte der besprochenen Art dienen meist unlauteren Zwecken,

---

[1]) Über diese Materie vgl. Kohler „Prozeßrechtl. Verträge u. Kreationen" bei Gruchot 31 S. 276 ff. und Bülow „Geständnisrecht" S. 37 f.

[2]) Das Bestehen der beiden verschiedenen Verträge verkennt auch Falkmann S. 395 A 32, wenn er dem Reichsgericht unterstellt, es mache in Bd. 46,334 die Wirksamkeit des Vertrages über die Erschleichung des Urteils von der Erlassung des Urteils abhängig. Das Reichsgericht meint vielmehr sehr richtig die Wirksamkeit des Vertrages über die Geltendmachung des zuerkannten Anspruchs.

sonst brauchte kein Mißbrauch mit dem Prozesse getrieben zu werden. Sie werden im Konkurse des Schuldners regelmäßig anfechtbar sein, aber auch im Verhältnis der Parteien zu einander zum wenigsten gegen die guten Sitten verstoßen und darum nichtig sein. Von dieser Nichtigkeit des Hauptvertrages wird jedoch der privatrechtliche Vertrag nicht berührt. Die Vereinbarung, das Urteil nicht oder nur in gewissem Umfange zu vollstrecken, steht nur insoweit in Verbindung mit der Vereinbarung, ein Urteil herbeizuführen, als die Wirksamkeit der ersteren die Erfüllung der letzteren voraussetzt. Im übrigen ist sie von dem Hauptvertrage unabhängig. Wäre sie es nicht, so könnte sie auch nicht zur Grundlage der Vollstreckungsgegenklage dienen, denn eine Einwendung kann sich nicht auf ein nichtiges Rechtsgeschäft stützen.

Nun kann aber die diesen Ausführungen zugrunde liegende Prämisse bestritten werden, daß ein privatrechtlicher Vertrag über die Geltendmachung des Urteils stets vorliege. Diese Möglichkeit wird ohne weiteres zugegeben, aber bei dem Fehlen einer derartigen Vereinbarung ist entweder nicht von einer Simulation von Prozeßhandlungen in dem besprochenen Sinne die Rede oder es kann dem Schuldner auf andere Weise geholfen werden. Die beiden Fälle sind folgende:

1. In der Klageschrift wird zwar ein fingierter Klagegrund angegeben, nichtsdestoweniger liegt es in der Absicht der Parteien, den Gläubiger zur Vollstreckung des ergehenden Urteils zu ermächtigen. Dann stellt sich der Prozeß gewissermaßen als eine durch die Erlangung eines rechtskräftigen Schuldtitels verstärkte Form eines abstrakten Schuldversprechens dar. Der Gläubiger klagt eben auf Grund eines Rechtes, das sich für ihn aus der vorhergegangenen Verein-

barung ergibt. Mag der Schuldner auch imstande sein, die Abweisung der Klage einfach dadurch zu erzielen, das er sich auf den Prozeß einläßt, so ist dies doch auf die Giltigkeit des Urteils und die Zulässigkeit der Vollstreckung ohne Einfluß. Die Vollstreckungsgegenklage ist nicht am Platze.

2. Der Schuldner läßt das Urteil nicht aus freien Stücken über sich ergehen, sondern wird von dem Gläubiger in irgend einer Weise dazu gezwungen. Der Gläubiger macht vielleicht gar kein Hehl aus seiner Absicht, das Urteil später zur Vollstreckung zu bringen. Ihm liegt nur daran, ein für unanfechtbar gehaltenes Mittel in die Hand zu bekommen, um sich ungerechtfertigte Vermögensvorteile zu verschaffen. Dem schiebt aber das Gesetz einen Riegel vor. Da sich kein Schuldner unter solchen Umständen freiwillig der Verpflichtung unterwerfen wird, das Urteil über sich ergehen zu lassen, so stellt sich das Verhalten des Gläubigers stets als eine strafbare Handlung dar, z. B. als strafbaren Wucher, als Nötigung oder Erpressung. Dann ist das Urteil durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte strafbare Handlung erwirkt und kann mit der Restitutionsklage angefochten werden. (§ 580 Z. 4). Der Schuldner hat also auch hier ein Mittel, der Vollstreckung entgegenzutreten.

Von der Möglichkeit, die Vollstreckung zu verhindern ist zu unterscheiden das Recht, die Simulation einer einem Urteil zugrunde liegenden Schuld auf andere Weise auch nach beendeter Vollstreckung geltend zu machen. Soweit die Kondiktion des Beigetriebenen nicht zulässig sein sollte,[1]) ist die Vollstreckung eines solchen Urteils eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung. Und darin kann man dem Reichsgericht[2]) ruhig beistimmen, daß keine Rechtskraftwir-

[1]) Vgl. darüber S. 85 f. [2]) Bd. 46, 75.

kung imstande ist, den fundamentalen Rechtssatz umzustoßen, daß die vorsätzlich begangene, unerlaubte oder gegen die guten Sitten verstoßende Handlung eine Schadenersatzpflicht herbeigeführt. Es ist ein weiter Schritt von der Frage, ob man die Vollstreckung eines auf betrügerische Weise erwirkten Urteils als eine vorsätzliche gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung ansehen kann, zu der Frage, ob einem Urteile unter Umständen die Rechtskraft zu versagen ist. Gerade weil diese Schadensersatzpflicht und mit ihr die Möglichkeit einer Ausgleichung zwischen materiellem und formellem Recht besteht, sollte man das Institut der Rechtskraft unangetastet lassen und auch dem auf Simulation beruhenden Urteil die Bedeutung lassen, die ihm nach unabänderlichen Grundsätzen des Civilprozeßrechts zukommt. Ist erst die Rechtskraft Zweckmäßigkeitserwägungen gewichen, dann muß auch bald das materielle Recht nachfolgen, und keine Gesetzesbestimmung bleibt dann vor einer Nachprüfung sicher, ob ihre Anwendung im einzelnen Falle billig und gerecht erscheint.

5. Ausschließung durch die Möglichkeit des Einspruchs.

Die Zulässigkeit der Einwendungen ist in Abs. 2 des § 767 nicht nur daran geknüpft, daß sie vor der maßgebenden letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, sondern für den Fall des Versäumungsurteils kommt die weitere Beschränkung hinzu, daß sie »durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können«. Zum Verständnis dieser Bestimmung, die zu manchen Zweifeln hinsichtlich ihrer Tragweite Anlaß gegeben hat, ist es notwendig auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes einzugehen.

Die Ausschließung der Einwendungen für den Fall, daß sie durch Einspruch geltend gemacht werden können, findet sich zuerst im § 623 des Entwurfes von 1872 und dann im § 635 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes. Sie wurde vom Bundesrat vorgeschlagen in Gemeinschaft mit der weiteren beschränkenden Voraussetzung, daß Einwendungen ausgeschlossen sein sollten, die durch Berufung geltend gemacht werden können. In diesen beiden Vorschriften kam das Streben des Gesetzes zum Ausdruck, die Einwendungen in der Zwangsvollstreckungsinstanz soweit als möglich einzuschränken, sie enthielten die ausdrückliche Betonung des Satzes, daß nur der Prozeß zur Feststellung der Ansprüche, die Zwangsvollstreckung aber zu ihrer Durchführung bestimmt wäre. Insoweit daher überhaupt die Möglichkeit vorhanden wäre, Einwendungen materiellrechtlicher Natur in dem einmal angestrengten Prozesse zum Austrag zu bringen, insoweit sollte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden. In der Kommission wurde dieser Grundsatz für den Fall der Berufung durchbrochen. Der Abgeordnete Dr. Grimm beantragte nämlich, die Worte »oder Berufung« zu streichen. Seinen Antrag begründete er wie folgt: [1])

»Gegen die fernere Voraussetzung (der Zulässigkeit der Einwendungen), daß nämlich die betr. Einwendung weder durch Einspruch noch durch Berufung mehr geltend gemacht werden könne, habe er Bedenken. Daß eine Einwendung, die mittels Einspruchs noch vorgebracht werden könnte, nicht als Einrede in der Exekution benutzt werden solle, damit sei er auch einverstanden; aber warum eine Einrede ausgeschlossen sein solle, weil sie in der Berufungsinstanz vorgebracht werden könnte, das vermöge er nicht einzusehen.

1) Vgl. Hahn S. 817.

Dadurch werde der Schuldner auf den Weg des Rechtsmittels d. i. zur höheren Instanz gedrängt, nur um ein novum anbringen zu können, das er gerade so gut und mit weniger Umständen bei dem Gerichte erster Instanz anbringen könnte, wenn nicht die formale Vorschrift des § 635 entgegenstände«. Obwohl nun der Regierungsvertreter die Bestimmung verteidigte in Hinblick auf die Absicht des Entwurfs, Einreden in der Zwangsvollstreckung möglichst zu beschränken, nahm die Kommission doch den Antrag an und es wurden die Worte »oder Berufung« gestrichen. Daraus folgt, daß es hinsichtlich des Einspruchs bei der Regierungsvorlage sein Bewenden haben sollte d. h. aber nichts anderes, als daß die Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen wäre, wenn die Möglichkeit bestände oder bestanden hätte, die Einwendungen durch den Rechtsbehelf des Einspruchs zu erledigen. Man hat sich zwar gegen diese Auslegung der Bestimmung gewandt und für die gegenteilige Ansicht namentlich ins Feld geführt, daß es nicht heiße »und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden konnten« sondern »und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können«. Daraus hat man dann den Schluß gezogen, daß die Vollstreckungsgegenklage nur dann nicht gegeben wäre, wenn zeitig die Möglichkeit des Einspruchs bestehe.

Allein das Reichsgericht hat in zwei Entscheidungen[1]) überzeugend nachgewiesen, daß dies Argument nicht durchgreift. Das Präsens»können« erkläre sich daraus, daß es auf den Zeitpunkt des Enstehens der Einwendungen bezogen wäre, auch sei es gramatikalisch zulässig, da es in zeitlichem Parallelismus zu dem voraufgegangenen »enstanden sind« stehe. Aber auch sachlich kommt der letzteren Auslegung

[1]) R. G. 40, 352 u. 55 S. 188. Diese Entscheidungen werden auch in R. G. 59, 301 gebilligt.

allein Berechtigung zu. Dies beweist das Reichsgericht namentlich mit folgenden Ausführungen (55, 191):

»Vom Standpunkte der gegnerischen Auslegung aus verliert die Vorschrift fast jede praktische Bedeutung. Geht man davon aus, daß die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit nach dem Zeitpunkt der Klagerhebung zu beurteilen sei, so würde zwar eine Klage als unzulässig abgewiesen werden müssen, welche erhoben war, als die Möglichkeit des Einspruchs noch bestand. Aber materielle Rechtskraft würde diese Abweisung nicht haben und sie würde deshalb auch der Wiederholung der Klage nach Ablauf der Einspruchsfrist nicht entgegenstehen. Offenbar ist nach dieser Ansicht der Schuldner auch in der Lage, den Ablauf der Einspruchsfrist abzuwarten und dann erst die Klage anzustellen. Diese Möglichkeit wäre im nur dann benommen, wenn bis zum Ablaufe der Einspruchsfrist die Zwangsvollstreckung nicht nur begonnen, sondern auch durchgeführt würde. Die Vorschrift hätte daher im wesentlichen nur eine dilatorische Bedeutung. Nimmt man aber gar an, daß es auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Einspruchs zur Zeit der Urteilsfällung ankomme (so Gaupp-Stein u. Seuffert), so verliert sie selbst diese geringe Bedeutung. Denn da es in der Hand des Schuldners liegt, die Einspruchsfrist, wenn es der Gegner nicht tut, selbst in Lauf zu bringen und die Fälle nur selten sein werden, wo das Urteil trotzdem noch vor Ablauf der Einspruchsfrist ergehen könnte, so stände es dem Schuldner in der Regel von Anfang an frei, ob er sich des zulässigen Einspruchs oder sofort der Vollstreckungsgegenklage bedienen wolle. Es wäre dann so gut, als ob die Vorschrift nicht vorhanden wäre. Daß der Gesetzgeber eine Bestimmung von so untergeordneter Bedeutung gewollt habe, ist nicht anzunehmen«.

Man wird dem Reichsgericht zugeben müssen, daß seine Gründe zwingend sind. Freilich ist es verfehlt, auf die grammatikalische Zulässigkeit des Präsens-»können« hinzuweisen. Nicht darauf kommt es an, ob der Wortlaut des Gesetzes die Auslegung gestattet, — wenn dies nicht der Fall wäre, so würde die Auslegung trotz allen sachlichen Gründen unzulässig sein — sondern es kommt auf den Sprachgebrauch an. Und daß der Sprachgebrauch zu einer andern Deutung der fraglichen Bestimmung gelangen muß, läßt sich füglich nicht bezweifeln. Es ist bedauerlich, daß der Gesetzgeber seine Stellungnahme nicht besser und in unzweideutiger Weise kundgegeben hat. Angesichts der Entstehungsgeschichte aber und der schwerwiegenden, sachlichen Erwägungen, die zu der Auslegung des Reichsgericht führen, darf man wohl erwarten, daß auch die Theorie, die bisher in der Mehrzahl ihrer Vertreter sich noch an das Präsens»können« klammert und dadurch zu einer Ansicht gelangt, ihre Stellungnahme ändern und eine am Buchstaben hängende Interpretation des Gesetzes aufgeben wird. Das Gesetz schließt alle Einwendungen von der Vollstreckungsgegenklage aus, deren Gründe zu einer Zeit entstanden sind, wo die Einspruchsfrist noch nich abgelaufen oder noch nicht im Laufe war.

Eine andere Frage ist die, ob nicht de lege ferenda der gegenteiligen Ansicht beizutreten wäre. Da kann nun allerdings nicht verkannt werden, daß der Ausschluß der Vollstreckungsgegenklage in einem so wichtigen Fall für den Schuldner mit manchen Gefahren verbunden ist. Allein auch hier ist dem Reichsgericht (55, 194) beizutreten, wenn es sagt, daß man mit solchen gesetzgeberischen Bedenken die aus innern Gründen notwendige Auslegung des Gesetzes nicht beseitigen kann. Der Schuldner ist dann eben im Falle

eines dolosen Verhaltens des Gläubigers auf die spätere Klage auf Rückforderung des unrechtmäßig Erlangten angewiesen.

6. Konkurrenz mit Rechtsmitteln.

Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift über den Einspruch ergibt sich, daß die Vollstreckungsgegenklage beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen mit dem Rechtsmittel der Berufung konkurriert, solange das Urteil noch nicht rechtskräftig ist. Es sollte durch diese Bestimmung die Einlegung eines Rechtsmittels vermieden werden, wenn derselbe Erfolg durch eine Entscheidung der angegangenen Instanz erreicht werden könnte. Dies gilt auch dann, wenn das Urteil nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Die Konkurrenz zwischen der Vollstreckungsgegenklage und der Rechtsmitteleinlegung ist niemals eine kumulative, andererseits jedoch darf ihr Verhältnis nicht so fixiert werden, daß die Wahl des einen Weges den andern ausschließe. Zutreffend ist dies nur für den Fall, daß bereits Berufung eingelegt ist und dennoch die Vollstreckungsgegenklage erhoben wird. Die Unzulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage würde alsdann aus dem Mangel eines Rechtsschutzinteresses folgen, da die zur Grundlage der Klage gemachten Einwendungen in der Verhandlung über die Berufung in gleicher Weise geltend gemacht werden können. Die Unzulässigkeit folgt dagegen nicht aus Grundsätzen der Rechtshängigkeit, weil die Streitsache in dem einen Falle der materielle Anspruch, in dem andern Falle der Vollstreckungsanspruch ist.[1]) Es besteht kein Grund, dem Schuldner die Wohltaten der Vollstreckungsgegenklage noch zukommen zu lassen, wenn er sie in einem bereits schwebenden Verfahren

[1]) Nicht richtig Gaupp-Stein § 767 II. d.

auf dem bequemeren Wege der §§ 719, 707 erreichen kann [1])

Ähnlich ist zu entscheiden, wenn die Berufung nach Erhebung der Vollstreckungsgegenklage eingelegt wird. Hier würde es eine Unbilligkeit dem Schuldner gegenüber sein, ihm das Rechtsmittel mit seinen weiter greifenden Folgen zu versagen, nur weil er sich im Anfang mit der Vollstreckungsgegenklage begnügte. Vielmehr wird durch die Einlegung der Berufung das Rechtsschutzinteresse an der Vollstreckungsgegenklage erschöpft, sodaß die Vollstreckungsgegenklage, nicht aber die Berufung der Abweisung anheimfällt. [2]) Darin liegt gleichzeitig ein wirksamer Schutz des Gläubigers gegen schikanöses Vorgehen von seiten des Schuldners, denn der Schuldner hat die Kosten des Verfahrens über die Vollstreckungsgegenklage zu tragen.

Das die Berufung verwerfende Urteil schließt die Vollstreckungsgegenklage aus, die auf vorher entstandene Einwendungen gestützt wird. Dagegen hat das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil die Unzulässigkeit der Berufung überhaupt nicht zur Folge, das abweisende Urteil nur insoweit, als eine rechtskräftig entschiedene oder rechtskräftig ausgeschlossene Einwendung nicht von neuem vorgebracht werden darf. Gegen Mißbrauch im ersteren Falle schützt die Kostenfolge aus § 93.

Nach andern Grundsätzen ist das Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage zur Revision zu beurteilen, da die Revisionsinstanz nur zur rechtlichen Würdigung des bereits vorgebrachten Tatsachenmaterials, nicht aber zur Entscheidung über neu eingetretene Umstände berufen ist. An und für sich wäre zwar auch hier ein

---

[1]) A. M. O. L. G. Dresden. Rechtspr. d O. L. G. Bd. 5, 127.

[2]) Ebenso Seuffert § 767 4 b. Vgl. auch R. G. in Gruchot Bd. 39 S. 1139.

Schutz des Schuldners in Gemäßheit der §§ 719 und 707 denkbar. Schwerlich jedoch wird sich das Revisionsgericht zum Erlaß der entsprechenden Anordnungen entschließen, wenn nur neue, die Vollstreckungsgegenklage begründende Tatsachen vorgebracht werden, die für das Urteil des Revisionsgerichts ohne jede Bedeutung sind und im Falle der Zurückweisung der Revision von selbst außer Kraft treten würden. Bei analoger Anwendung der für die Berufung geltenden Sätze würde deshalb der Schuldner, der gegen das für vorläufig vollstreckbar erklärte Berufungsurteil die Revision eingelegt hat, gegen die Vollstreckung des Urteils unter Umständen machtlos sein. Das hat nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen. Beide Verfahren können daher ohne jede Voraussetzung nebeneinander herlaufen, auch schließt weder das Urteil der Vollstreckungsgegenklage die Revision, noch auch das zurückweisende Urteil der Revisionsinstanz die Vollstreckungsgegenklage aus.[1]) Natürlich kann aber auch hier von kumulativer Konkurrenz keine Rede sein, weil Vollstreckungsgegenklage und Revision aus ganz verschiedenen rechtlichen Tatbeständen erwachsen.

7. Die zeitliche Zulässigkeit der Klage. Einfluß des Beginns und des Schlusses der Zwangsvollstreckung.

Die zeitlichen Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckungsgegenklage erhoben werden kann, ergeben sich aus dem Zweck, dem zu dienen sie bestimmt ist. Die Vollstreckungsgegenklage richtet sich weder gegen das Urteil als solches noch gegen die Vollstreckungsmaßregel, sondern sie bekämpft die Funktion des Urteils als eines Vollstreckungstitels, das dem Gläubiger durch das Urteil gegebene Vollstreckungsrecht. Darum

[1]) Nicht richtig. Plauck II. S. 698.

ist die erste Voraussetzung ihrer Zulässigkeit das Bestehen eines Vollstreckungstitels. Ein solcher Vollstreckungstitel entsteht mit der Verkündung des Urteils, ohne daß es einen Unterschied macht, ob das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt ist oder nicht, sein Bestehen endet durch Aufhebung des Urteils im Wege des Rechtsmittelverfahrens.

Die Klage ist demnach weder von der Rechtskraft des Urteils noch von dem Beginne der Zwangsvollstreckung abhängig, ihre Natur wird auch nicht durch eine frühere oder spätere Erhebung verändert, derart etwa, daß sie vor Beginn der Zwangsvollstreckung als eine negative Feststellungsklage anzusehen wäre, bezüglich der ein Interesse an der negativen Feststellung des Vollstreckungsrechtes besonders nachzuweisen wäre. [1]) Alle derartigen Konstruktionen sind verfehlt. Das Ziel bleibt die Unzulässigkeitserklärung der Vollstreckung aus dem Titel, die unbedenklich schon zu einer Zeit erfolgen kann, wo die Möglichkeit der Vollstreckung z. B. wegen Nichtablaufs der Berufungsfrist noch gar nicht besteht. Welche Wirkungen die Erklärung im konkreten Falle hat, ob eine drohende Zwangsvollstreckung verhindert oder bereits getroffene Vollstreckungsmaßregeln aufgehoben werden, ist dogmatisch ebensowenig von Bedeutung, wie die singuläre Ausschließung der Klage bei Möglichkeit des Einspruchs.

Die Richtigkeit dieser Auffassung erhellt aus der Tatsache, daß die Vollstreckungsgegenklage gegenüber dem nicht rechtskräftigen Urteile in Konkurenz mit der Berufung steht. Es ist schon im vorigen Abschnitt darauf hingewiesen, daß hier ein Unterschied in der Behandlung des gewöhnlichen und des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils ungerechtfertigt wäre. Ist die Vollstreckungsgegenklage aber in einem Falle

[1]) So z. B. Seuffert § 767, 6, Hommel S. 39.

gegeben, wo der Gläubiger noch nicht einmal die Möglichkeit hat, sich die vollstreckbare Ausfertigung erteilen zu lassen, so muß dies für alle etwa ähnlich liegenden Fälle zutreffen. Daher ist es nicht richtig, wenn Hellwig (S. 496) ihre Zulässigkeit davon abhängig machen will, daß dem Gläubiger zum wenigsten ein Recht auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zustehe. Der Gläubiger hat ja auch bei dem nicht rechtskräftigen und nicht für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil kein Recht auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, ihm in diesem Falle die Vollstreckungsgegenklage zu gestatten, wie es Hellwig (S. 497) selbst tut, wäre bei Richtigkeit der Hellwig'schen Ansicht inkonsequent. Mit dem Prinzip müssen auch die von Hellwig angeführten Beispiele abgelehnt werden. Die Vollstreckungsgegenklage ist zulässig, obgleich der Termin zur künftigen Leistungspflicht noch nicht eingetreten ist oder der Gläubiger noch keine Klausel gegen den Erben des Schuldners erwirkt hat. Mißbräuche verhindert § 93. Eine Ausnahme macht allein der Fall, daß der Gläubiger dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung ausgehändigt hat, sei es zwecks Erlasses der Schuld, sei es nach durchgeführter Zwangsvollstreckung mit Quittung über die beigetriebene Leistung. Mit Unrecht wird dieser Fall von Hellwig mit den oben erwähnten Beispielen zusammengeworfen, er ist von andern Gesichtspunkten aus zu betrachten. Schlechtweg von einer Unzulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage zu reden, wäre nur dann angängig, wenn die Erteilung einer weitern vollstreckbaren Ausfertigung an den Gläubiger ausgeschlossen wäre. Befindet sich der Schuldner aber im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung, so ermangelt das Rechtsschutzinteresse an der Vollstreckungsgegenklage, da die Vollstreckung erst durch ein besonderes Verfahren nach § 733 er-

möglicht werden kann. Im Falle der künftigen Leistung bedarf es nur des Zeitablaufs, hier aber einer gerichtlichen Anordnung. Das Rechtsschutzinteresse lebt wieder auf, wenn es dem Gläubiger gelungen sein sollte, vom Vorsitzenden ohne vorherige Anhörung des Schuldners, die ja nicht erforderlich ist, eine weitere vollstreckbare Ausfertigung zu erlangen. Unabhängig davon, daß der Schuldner in diesem Falle seine Einwendungen nach § 775 Z. 4 liquid stellen kann und sich somit der Klage nicht zu bedienen braucht, ist die bereits stattgehabte Durchführung der Zwangsvollstreckung als Einrede der Erfüllung zur Grundlage einer Vollstreckungsgegenklage geeignet.

Im übrigen aber kann nach Beendigung der Zwangsvollstreckung logischerweise von einer Vollstreckungsgegenklage keine Rede mehr sein. Da die Vollstreckungsgegenklage ein Eingriffsrecht des Schuldners ist gegen eine dem Urteil innewohnende Macht, diese Macht aber mit beendeter Zwangsvollstreckung in sich selbst zusammenfällt, so ist ihre Bekämpfung nicht mehr möglich. Das Gesetz kann keine Handhabe gewähren, Phantomen nachzujagen, unmögliche Ziele zu erreichen.

Der Zeitpunkt der Beendigung ist bei den verschiedenen Arten der Zwangsvollstreckung besonders zu bestimmen.[1]) In dem häufigsten Fall der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in bewegliche Sachen endigt die Vollstreckung mit der Auslieferung des Versteigerungserlöses oder des gepfändeten Geldes an den Gläubiger.

Mit dem Untergang der Vollstreckungsgegenklage geht aber nicht auch das Recht unter, das ihr Auftreten der Rechtswelt ermöglicht hätte. Dieses Recht verändert nur seinen Charakter. War es vor durchgeführter Vollstreckung imstande, seinen Träger vor der

[1]) Eine umfassende Zusammenstellung gibt Seuff. § 767 Nr. 6.

Macht des Vollstreckungstitels zu schützen, so rächt es ihn jetzt für die erlittene Verletzung. Es wird zur Grundlage der Kondiktion oder des Anspruches auf Schadensersatz. Denn die Bereicherung, die der Gläubiger durch die Zwangsvollstreckung aus dem Vermögen des Schuldners erlangt hat, ist bei dem Bestehen eines Rechtes, das die Zwangsvollstreckung hätte verhindern können, ohne rechtlichen Grund und der Gläubiger, der im Besitze des publizistischen Vollstreckungsrechtes bewußt das materielle Recht beugt, macht sich einer schuldhaften Rechtsverletzung schuldig, die ihn zum Schadensersatze verpflichtet. Wenn der Schadensersatz nicht nach § 823 gefordert werden kann, so wird zum wenigsten der § 826 zutreffen, der bei einer Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten auch außerhalb der Fälle der Vollstreckungsgegenklage von großer Bedeutung wird.

Aus dem Verhältnis zwischen Vollstreckungsgegenklage und späterer Civilklage, wonach die Nichtbenutzung der Vollstreckungsgegenklage stets die spätere Civilklage ermöglicht, darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die Möglichkeit für den Schuldner, die Vollstreckungsgegenklage erfolgreich anzustrengen, die spätere Civilklage überhaupt bedingt.[1]) Zur Wahrung der Energie der Vollstreckung ist die Vollstreckungsgegenklage an eine ganze Reihe von beschränkenden Voraussetzungen gebunden wie z. B. Ausschließung bei versäumtem Einspruch oder Ausschließung der nicht in die Klagschrift aufgenommenen Einwendungen. Durch diese beschränkenden Voraussetzungen wird nur die Geltendmachung der Einwendungen gegen den Anspruch im Wege der Vollstreckungsgegenklage gehemmt, nicht aber die Unrecht-

[1]) Dieser Irrtum findet sich häufiger z. B. bei Kohler „Ungeh. u. Vollstr." Arch. f. civ. Pr. 80 S. 164, Abraham S. 72.

mäßigkeit der Vollstreckung berührt. Die spätere Civilklage auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung hat nur zur Voraussetzung, daß zur Zeit der Vollstreckung eine materiellrechtliche, durch die Rechtskraft nicht ausgeschlossene Einwedung gegen den Anspruch bestand. Da nicht allen dahin gehörenden Einwendungen die Vollstreckungsgegenklage offen steht, so entscheidet die Zulässigkeit dieser Klage auch nicht über die Zulässigkeit der Kondiktion.

§ 4. Die prozessuale Geltendmachung.

1. Die Zuständigkeit.

Die Vollstreckungsgegenklage ist gemäß § 767 Abs. 1 bei dem Gerichte zu erheben, das den Hauptprozeß in erster Instanz entschieden hat. Die hier angeordnete Zuständigkeit ist eine ausschließliche in örtlicher und sachlicher Beziehung. Dies folgt aus § 802 und der Erwägung, das unter dem Ausdruck »Prozeßgericht« nur ein Gericht verstanden werden kann, das bereits mit der Sache befaßt war. Eine Prorogation des Gerichtsstandes ist somit ausgeschlossen.

Die Verweisung der materiellrechtlichen Einwendungen vor das Prozeßgericht erster Instanz rechtfertigt sich durch den engen Zusammenhang, der zwischen dem Hauptprozesse und der Vollstreckungsgegenklage besteht. Häufig wird die Kenntnis des Hauptprozesses für das Verständnis der Einwendungen gegen den Anspruch selbst von großer Wichtigkeit sein. Dies namentlich dann, wenn die Vollstreckungsgegenklage anstelle der Berufung gewählt wird. Die Parteien haben bei der vorgeschriebenen Zuständigkeit die Möglichkeit, sich durch die Anwälte des Hauptprozesses vertreten zu lassen, deren Vollmacht an und für sich die in der Zangsvollstreckungsinstanz entstehenden Streitigkeiten umfaßt (§ 81), denen daher auch die Klage zugestellt werden muß. Wenn aber die Motive[1]) die Besorgnis aussprechen, daß die Wahl eines anderen z. B. des Vollstreckungsgerichtes zu innerlich widersprechenden Entscheidungen führen könnte und daß die Gerichte eines deutschen Staates sonst leicht in die Lage kommen würden, über die Rechtsmäßigkeit und die Aufrechterhaltung der von

[1]) Hahn S. 436/37.

dem Gerichte eines andern deutschen Staates abgegebenen Entscheidung zu erkennen, so sind diese Gründe nicht zutreffend. Einmal wird es die Geschäftverteilung häufig mit sich bringen, daß mit der Vollstreckungsgegenklage ein anderer Richter oder eine andere Kammer, als die Kammer des Hauptprozesses befaßt wird und die Besorgnis vor innerlich widersprechenden Entscheidungen müßte dann in allen solchen Fällen begründet sein. Dann aber handelt es sich bei der Klage überhaupt nicht um eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung, sondern um eine Prüfung der Vollstreckbarkeit des Urteils. Die Rechtsmäßigkeit der rechtskräftigen Entscheidung kann nur im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens einer erneuten Prüfung unterworfen werden.

Unter dem Prozeßgericht ist das Gericht als solches, nicht aber die einzelne Kammer, die den Prozeß entschieden hat, zu verstehen. Zwar müßte man, wenn man den Ausführungen der Motive folgt, den Amtsrichter oder die Kammer des Hauptprozesses für zuständig erachten, und in der Tat ist auch diese Ansicht in der Litteratur vertreten und vom Reichsgericht (Bd. 33, 356) früher anerkannt worden. In einer Entscheidung Bd. 45, 343 hat jedoch das Reichsgericht seinen Standpunkt mit Recht aufgegeben. Es hat annerkannt, daß schon wegen der wechselnden Besetzung der Kammern eine Entscheidung der Vollstreckungsgegenklage durch die Richter des Hauptprozesses sich nicht in der von den Motiven beabsichtigten Weise durchführen läßt. Zutreffend führt das Reichsgericht aus, daß sich bei Annahme der gegenteiligen Ansicht unannehmbare Folgerungen und praktische Schwierigkeiten ergeben würden, Schwierigkeiten, die namentlich dann entstehen, wenn eine Ferienkammer oder eine nicht mehr bestehende Gerichts-

abteilung den Prozeß entschieden hat, und daß ferner durch Ausdehnung auf die einzelne Kammer dem Begriffe der Zuständigkeit ein Umfang gegeben würde, der im Prozeßrecht nirgends eine Stütze finde und ohne ausdrückliche Bestimmung vom Gesetzgeber nicht als gewollt angesehen werden könne. Die Gliederung sowie die Geschäftverteilung sind Sachen der Gerichte oder der Justizverwaltung, nicht dagegen der Gesetzgebung.

Ist der Hauptprozeß von einer Kammer für Handelssachen entschieden worden, so kann die Vollstreckungsgegenklage ebenfalls vor die Kammer für Handelsachen gebracht werden, ohne Rücksicht darauf, ob die besonderen Voraussetznngen des § 101 G. V. G. vorliegen. Daß ein Streit über das Bestehen des Vollstreckungsrechtes niemals den Voraussetzungen des § 101 l. c. entsprechen könnte,[1]) ist nicht richtig. Zur Charakterisierung des Prozesses als einer Handelssache genügt es, daß der Hauptprozeß eine Handelssache betroffen hat und von einer Kammer für Handelssachen entschieden ist. Es kann daher auch eine vor die Civilkammer gebrachte Sache nach § 104 G. V. G. an die Kammer für Handelssachen verwiesen werden und die Kammer für Handelssachen kann an die Civilkammer verweisen. Dabei ist zu beachten, daß Kammern für Handelssachen, die ihren Sitz an einem andern Orte als dem des Landgerichts haben, im Verhältnis zu einander als besondere Gerichte angesehen werden.[2]) Ihre Befugnis zur Verweisung an die Civilkammer wird dadurch nicht berührt.

Wenn das Prozeßgericht erster Instanz nicht mehr besteht, so ist das an seine Stelle getretene Gericht

---

[1]) Wie Seuffert § 767 annimmt.
[2]) R. G. 21, 371 insbes. S. 383.

zuständig.[1]) Wird der Sprengel des Gerichts geteilt und andern Gerichten zugewiesen, so wird eine Zuständigkeit an mehreren Orten begründet.[2]) Durch Abzweigung von Orten unter Aufrechterhaltung des bisherigen Gerichts wird die schon durch Anhängigwerden des Hauptprozesses bestimmte Zuständigkeit nicht berührt.

Schwierigkeiten bezüglich der Frage der Zuständigkeit entstehen in denjenigen Fällen, in denen die Vollstreckungsgegenklage erhoben wird, ohne daß ein Prozeß bei einem deutschen Gerichte anhängig gewesen ist. Dies ist zunächst der Fall bei einer Vollstreckung aus dem Urteil eines ausländischen Gerichts (§ 722) und bei einer Vollstreckung aus einem Schiedsspruch (§ 1042). Beide haben gemeinsam, daß sie erst durch ein besonderes Vollstreckungsurteil vollstreckbar werden. Ein deutsches Gericht, das den Anspruch durch Urteil festgestellt hat, ist nicht vorhanden. Deshalb muß die Vollstreckungsgegenklage bei dem Gerichte erhoben werden, das das Vollstreckungsurteil erlassen hat. Hinsichtlich des Vollstreckungsurteils beim Schiedsspruch ist dies keinem Zweifel begegnet, da eben sonst die allgemeinen Zuständigkeitsgrundsätze maßgebend sein müßten und das zum Zwecke der Erlangung des Vollstreckungsurteils angegangene Gericht immerhin schon mit der Sache befaßt gewesen ist. Die gleiche Erwägung ist aber auch maßgebend bei Urteilen ausländischer Gerichte.[3]) Unzweifelhaft ist das ausländische Gericht des Prozeßgericht, aber die Vorschrift, daß das Prozeßgericht erster Instanz über Einwendungen gegen

---

[1]) R. G. in J. W. 1899 S. 5 Nr. 16.

[2]) Falkmann S. 382 will hier zunächst örtliche Beziehungen maßgebend sein lassen. Die Bestimmung von solchen örtlichen Beziehungen wird aber häufig schwer sein.

[3]) R. G. 13, 349. J. W. 04. S. 41 Nr. 11.

den Anspruch selbst zu enscheiden hat, kann sich naturgemäß nur auf Urteile deutscher Gerichte beziehen. Der mit der Vollstreckungsgegenklage anhängig gemachte Rechtsstreit entsteht im Inlande, ihn an ein ausländisches Gericht zu verweisen, würde sich unter Umständen als Rechtsverweigerung kennzeichnen. Denn wenn z. B. der Hauptprozeß von einem französischen Gericht entschieden wäre, so müßte der Prozeß, den Grundsätzen des französischen Rechts entsprechend, das die Erledigung aller Einwendungen durch das Vollstreckungsgericht vorschreibt, in gleicher Konsequenz an das deutsche Gericht verwiesen werden. Das Ergebnis wäre ein unlösbarer, negativer Kompetenzkonflikt. Somit kann ein ausländisches Gericht überhaupt nicht in Betracht kommen. Die Vollstreckungsgegenklage dem Gerichte zu entziehen, das das Vollstreckungsurteil erlassen hat, würde dasselbe bedeuten, als die besondere Zuständigkeitsbestimmung des § 767 für den Fall des ausländischen Urteils zu Gunsten der allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften außer Kraft zu setzen. Es liegt aber kein Grund vor, dem Gesetzgeber diese Absicht zu unterstellen, und so tritt an die Stelle des ausländischen Prozeßgerichts dasjenige deutsche Gericht, welches die Durchführung des Anspruchs ermöglicht hat. Dies unterliegt um so weniger Bedenken, als die Tätigkeit des Gerichts, das das Vollstreckungsurteil erläßt, keine Vollstreckungstätigkeit sondern Prozeßtätigkeit ist, das deutsche Gericht also ruhig ebenfalls als Prozeßgericht bezeichnet werden kann.[1])

In allen übrigen Fällen, in denen bei Erhebung der Vollstreckungsgegenklage ein Prozeßgericht nicht vorhanden ist,[2]) haben die Reichsgesetze das zuständige Gericht durch konkrete Regelung bestimmt. Es sind

[1]) So auch Wach „Vorträge“ S. 317/18.

[2]) Vgl. unten § 6.

die Fälle, in denen andere Schuldtitel als Urteile bekämpft werden. Die wichtigsten Zuständigkeitsbestimmungen sind die folgenden:

1. Vollstreckungsbefehle § 796. Zuständig ist das Amtsgericht, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat.

2. Vollstreckbare Urkunden § 798, zu denen auch die Vergleiche (§ 794 Z. 1 u. 2) gehören. Vgl. unten.

3. Die vorgängige Vereinbarung, sowie die Auseinandersetzung nach Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses im Falle der Erbauseinandersetzung § 98 F.-G.-G.

Zuständig ist das Gericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat und in Ermangelung eines solchen das Gericht, bei welchem in Gemäßheit des § 23 C. P. O. gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

4. Die vollstreckbare Urkunde im Falle des § 800. C. P. O.

Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist.

5. Die Eintragung in die Konkurstabelle § 164. K.O.

6. Der Zwangsvergleich § 194. K. O.

7. Die Vorschuß-, Zusatz- und Nachschußberechnung im Konkurse der eingetragenen Genossenschaft §§ 109, 113, 114 des R. G. betr. die Erw. u. Wirtsch. genossensch.

Zuständig ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist.

8. Die rechtskräftig bestätigte Dispache. § 158. F. G. G.

Zuständig ist das Amtsgericht, welches die Dispache bestätigt hat.

Die sachliche Zuständigkeit ist jedoch in allen Fällen mit Ausnahme des zu 4) gedachten unberührt gelassen, sodaß für Klagen bei denen der Streitgegen-

stand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschließlich zuständig ist, zu dessen Bezirk das Amtsgericht gehört.

2. Der Weg der Klage. § 767. Abs. 1.

Die materiellrechtlichen Einwendungen des Schuldners sind noch § 767 Abs. 1 »im Wege der Klage« geltend zu machen. Wenn für diese Einwendungen der Weg der Klage vorgeschrieben ist, so bedeutet das nur, daß sie eben wegen ihrer materiellrechtlichen Natur dem weniger eingehenden Beschwerdeverfahren entzogen und im Wege des Prozesses zum Austrag gebracht werden sollten. Dies bringen auch die Motive zum Ausdruck (Hahn S. 437). Dagegen bedeutet der Ausdruck »Weg der Klage« nicht, daß das Vorbringen der Einwendungen im Wege der Einrede oder der Klagänderung ausgeschlossen sei. Auch das Bedenken, daß die ausschliessliche Zuständigkeit des Prozessgerichts erster Instanz nicht gewahrt bleiben würde, wenn die einredeweise Geltendmachung gestattet wird, ist hinfällig. Dem zuständigen Prozeßgerichte wird der Rechtsstreit auch in diesem Falle nicht entzogen. Bei drei Klagen ist die einredeweise Geltendmachung der Einwendungen möglich, nämlich 1) bei der Klage des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 731), 2) bei der Klage des Gläubigers auf das Vollstreckungsurteil a) aus einem ausländischen Urteil, b) aus einem Schiedsspruch. Bei der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel ist das Prozeßgericht erster Instanz nach ausdrücklicher Bestimmung des § 731 an und für sich zuständig und in den beiden andern Fällen würde das mit der Klage des Gläubigers angegangene Gericht auch das für die spätere Vollstreckungsgegenklage zuständige Gericht sein.[1]) Darüber daß

[1]) Vgl. S. 87 f.

die Einwendungen, die während der nach §§ 731, 722, 1042 anhängig gemachten Prozesse entstehen, auch bei Vermeidung des Ausschlusses im Laufe dieser Prozesse geltend gemacht werden müssen, ist bereits S. 56 f. gesprochen worden.

3. Die Eventualmaxime. § 767 Abs. 3.

Neben der in § 767 Abs. 1 für die materiellrechtlichen Einwendungen gegebenen Beschränkung, daß sie nur im Wege des Prozesses und vor dem Prozeßgericht erster Instanz geltend gemacht werden können, gibt der Abs. 3 eine weitere Verfahrensvorschrift. Der Schuldner muß nämlich in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebuug der Klage geltend zu machen imstande war. Diese Vorschrift ist gegen die nur allzu häufigen Bestrebungen des Schuldners gerichtet, die Zwangsvollstreckung in die Länge zu ziehen. Deshalb ist durch die teilweise Herstellung der Eventualmaxime, durch das Erfordernis, daß alle Einwendungen schon bei der Erhebung der Klage, also in der Klageschrift angegeben sein müssen, der Prozeß auf einen ganz bestimmten Umfang beschränkt worden. Schon die Motive[1]) begründen die Vorschrift damit, daß die Verteilung der Parteirollen, nämlich der Umstand, daß der Schuldner klagend auftreten muß, ein Mittel gebe, durch Behandlung der zu erhebenden Einwendungen als unabänderlichen Grundes der Klage den Streitgegenstand von vornherein zu fixieren und zu beschränken. Sind die in der Klageschrift vorgebrachten Einwendungen aber der unabänderliche Grund der Klage und »muß« der Schuldner alle zeitig vorhandenen Einwendungen bei Erhebung der Klage vorbringen, so bedeutet das nichts

[1]) Hahn S. 437.

anderes, als daß der Schuldner mit solchen Einwendungen, die er nach dem Ermessen des Gerichts in der Klageschrift geltend zu machen imstande war, ausgeschlossen wird. Die Bestimmung ist nach Form, Sinn und Zweck eine zwingende. Wenngleich in erster Linie der Gläubiger durch sie geschützt werden soll, so handelt es sich doch um eine Verfahrensvorschrift, die wie alle übrigen für die Vollstreckungsgegenklage gegebenen Beschränkungen, der Parteivereinbarung entzogen ist. »Die richtige Behandlung der von dem Schuldner in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend zu machenden Einwendungen ist ein dringendes Bedürfnis, damit nicht nutzlose Chikanen und Verzögerungen zur Kraftlosigkeit des Exekutionsverfahrens führen«.[1]) Die Kraftlosigkeit des Exekutionsverfahrens steht aber auch in Frage, wenn man die Vorschrift des Abs. 3 nicht als eine bindende auffaßt und die nach § 264 zulässigen Klageänderungen auch bei dieser Klage gewährt. Daß der Gläubiger den Schuldner nicht ermächtigen kann, trotz des Fehlens der Voraussetzungen des § 767 Abs. 2. die Vollstreckungsgegenklage anzustrengen, daß vielmehr das Gericht ungeachtet der Parteivereinbarungen die Klage abweisen müßte, ist nirgends einem Zweifel begegnet. Das Gleiche muß aber auch für Abs. 3 gelten. Damit soll nicht gesagt werden, daß die in den Abs. 2 und 3 aufgestellten prozessualen Erfordernisse sämtlich gleich zu bewerten wären. Die Vorschrift, daß nur die vor der letzten mündlichen Verhandlung entstandenen Einwendungen gehört werden dürfen, greift in das Gebiet der Rechtskraft ein, sie ist deshalb so unantastbar, wie alle über die Rechtskraft gegebenen Vorschriften. Dagegen stehen der Ausschluß der Einwendungen durch die Möglichkeit des Einspruchs und der Aus-

[1]) Mot. Hahn S. 436.

schluß durch versäumte Aufnahme in die Klageschrift trotz ihrer inneren Verschiedenheit einander gleich. Sie berühren nicht die Dogmatik des Zivilprozesses, es sind singuläre Vorschriften, die eben nur für den besonderen Zweck der Vollstreckungsgegenklage geschaffen sind und passen. Durch die Vollstreckungsgegenklage wird dem Gläubiger soviel gewährt, daß es nur anzuerkennen ist, wenn man einer zügellosen Ausnützung dieses Rechtsbehelfes entgegentritt. Dieses Prinzip haben der Ausschluß durch die Möglichkeit des Einspruchs und der Ausschluß durch versäumte Aufnahme in die Klageschrift zur gemeinsamen Grundlage, beide streben nach dem einen Ziel, die Energie der Vollstreckung zu wahren, soweit es im allgemeinen Interesse liegt. Ist demgemäß eine Änderung der Klage durch Vorbringen von früher entstandenen Einwendungen auch mit dem Willen des Gläubigers ausgeschlossen, so muß dies noch vielmehr gelten bezüglich der weiteren Bestimmung des § 264, daß die Klageänderung zuzulassen sei, wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird. Diese Vorschrift charakterisiert sich als einen offenbaren Eingriff in die Rechte des Beklagten. Wird die Entscheidung darüber, ob die Verteidigung des Beklagten durch die Zulassung neuer Einwendungen wesentlich erschwert wird, dem Gericht überlassen, dann hat es das Gericht in der Hand, den ganzen, durch die Vorschrift des Abs. 3 bezweckten Schutz des Beklagten illusorisch zu machen, dann kann das Gericht durch seine Anordnungen die Motive desavouieren, die ausdrücklich von einer Verhütung der Kraftlosigkeit der Zwangsvollstreckung durch Verzögerungen oder Chikanen sprechen. Dies um so mehr, als der § 264 dahin auszulegen ist, daß das Gericht die Klageänderung beim Vorliegen der

gesetzlichen Voraussetzungen zulassen muß. So kann der Schuldner durch immer neue Einwendungen, durch die die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird, den Prozeß endlos in die Länge ziehen und den Gläubiger um Durchsetzung berechtigter Ansprüche bringen.

Aber diese Ansicht hat trotzdem eine heftige Gegnerschaft gefunden. Das Reichsgericht,[1]) das sich an die Spitze der Gegner gestellt hat, begründet seine abweichende Ansicht damit, daß es sagt, es sei nicht anzunehmen, daß mit dem Abs. 3 zugleich eine Verschärfung der sich schon aus dem Abs. 1 ergebenden Beschränkung durch Ausschluß der unzulässigen Klageänderung in der Richtung angeordnet werden sollte, daß nach Erhebung der Klage eine jede, auch die zulässige Änderung der Klage durch Geltendmachung einer andern, als der in der Klageschrift enthaltenen Einwendung ausgeschlossen sei. Der Abs. 3 solle vielmehr nur bewirken und ausdrücken, daß der Schuldner alle Einwendungen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war, mit einer Klage, nicht mit mehreren Klagen geltend mache. Den Gegensatz hierzu bilde nicht die Geltendmachung einer dem Schuldner zur Zeit der Erhebung der Klage zustehenden Einwendung in demselben Verfahren nach der Erhebung der Klage, sondern die Zulässigkeit der Geltendmachung einer andern Einwendung mit einer neuen Klage. Die Auffassung schließe sich ungezwungen dem Wortlaut der Bestimmungen an, sie werde auch durch folgenden Satz der Begründung bestätigt: »Neben der mit der Form der Klage erreichten Beschränkung des Verfahrens auf die der Klage zugrunde liegenden Einwendungen sichert noch weiter

[1]) R. G. 55, 104.

die Notwendigkeit der Kamulierung aller zeitig vorhandenen Einwendungen in einer Klage die Energie der Vollstreckung«. Dies hätte nicht gesagt werden können, wenn mit dem Abs. 3 auch die zulässige Klageänderung ausgeschlossen werden sollte.

Von anderer Seite wird darauf hingewiesen, daß die Motive an der Stelle, wo sie von der Behandlung der Einwendungen als »des unabänderlichen« Grundes der Klage sprechen, auf § 227 Nr. 3 verweisen.[1]) Allein dieser Grund kann nicht als zwingend anerkannt werden. Es ist nicht anzunehmen, daß die Motive den Ausdruck »unabänderlich« durch Hinweis auf § 227 Nr. 3 einschränken wollten. War eine solche Einschränkung beabsichtigt, so wäre entweder das Wort »unabänderlich« vermieden oder die Beschränkung in einer unzweifelhaften Form zum Ausdruck gebracht worden.

Noch weniger durchschlagend ist der Grund, daß die Motive von der Kumulierung der Einwendungen in einer Klage redeten. So wie die Worte des Gesetzes »in der von ihm zu erhebenden Klage« nicht den ganzen Prozeß, sondern die Klageschrift bedeuten, so hat auch hier der Ausdruck »Kumulierung in einer Klage« denselben Sinn. Hätte er diesen Sinn nicht, so wäre der Satz in sich selbst widerspruchsvoll, da die Energie der Vollstreckung eben nicht gesichert wird, wenn in jedem Verhandlungstermin eine neue Einwendung vorgebracht werden darf. Außerdem

[1]) § 227 des Entwurfs ist der § 235 C. P. O. a. F. Nr. 3 dieses §, der von der Zulässigkeit der Klageänderung mit Einwilligung des Beklagten handelt, ist durch die Novelle zum neuen § 264 gemacht und durch die Vorschrift erweitert worden, daſs die Klageänderung auch zulässig sein sollte, wenn durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird.

dürfte es kaum angängig sein von einer Kumulierung zu reden, wenn jede Einwendung einzeln nur zufälligerweise im Laufe desselben Prozesses geltend gemacht wird.

Auch auf die Entstehungsgeschichte kann sich die gegnerische Ansicht nicht stützen, wenngleich zugegeben werden muß, daß sie durch die Stellungnahme der Entwürfe nicht unbedingt widerlegt wird. Dazu ist die Behandlung der streitigen Frage in den Entwürfen eine zu mannigfaltige. Zwar heißt es in den norddeutschen Protokollen an einer Stelle,[1]) »und zwar sind alle Einreden in der Klage gleichzeitig geltend zu machen, die dem Exzipienten zur Zeit der Erhebung der Klage bekannt waren oder bekannt sein mußten«. Dafür aber bestimmte § 1029 des preuß. Entwurfs, daß der Schuldner in demselben Verfahren alle Einwendungen geltend zu machen hätte. Diese Fassung ex argumento e contrario zu verwenden, ist nicht angängig, denn sonst würde man den I. deutschen Entwurf entgegenhalten, der vorschrieb: »Der Schuldner muß in der Klageschrift alle Einwendungen geltend machen« und man würde sagen: wenn der Gesetzgeber denselben Sinn hätte beibehalten wollen, so hätte er es bei der alten Fassung belassen.

Bei dem Streit um Motive und Entstehungsgeschichte ist ein bei weiterem wertvolleres Interpretationsmittel zu wenig berücksichtigt worden, nämlich der Wortlaut des Gesetzes. Das Reichsgericht gibt vom Wortlaute zu, daß er die hier vertretene Ansicht zulasse. Tatsächlich aber handelt es sich nicht sowohl um eine Zulassung als vielmehr um eine Bestätigung dieser Ansicht und zwar auf Grund folgender Erwägungen:

---

[1]) IV. S. 2002.

Das Gesetz leitet den Abs. 3 des § 767 mit den Worten: »Der Schuldner muß in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen«. Gemeinhin wird in diesen Worten nur ein Hinweis auf Abs. 1 gesehen, in welchen der Klageweg für Geltendmachung der materiellrechtlichen Einwendungen vorgeschrieben ist. Es kommt ihnen aber eine höhere Bedeutung zu. Niemand wird dem Gesetzgeber der Civilprozeßordnung Weitschweifigkeit in der Fassung des Gesetzes vorwerfen wollen. Wer dies aber nicht tut, dem muß ein Hinweis auf Abs 1 höchst überflüssig erscheinen. Unmöglich kann der Gesetzgeber der Ansicht gewesen sein, daß jemand über dem Lesen des Abs. 2 den Abs. 1 schon wieder vergessen haben sollte, und daß es nötig sei, dessen Bestimmungen in Abs. 3 ausdrücklich in Erinnerung zu bringen. Wenn der Gesetzgeber also ohne Beeinträchtigung des Verständnisses die Worte »von ihm zu erhebenden« fortlassen konnte, so muß die Hinzufügung einen besonderen Sinn haben. Um diesen Sinn zu ermitteln, geht man am besten von der Frage aus: Warum ist nicht das Participium Perfecti gewählt und gesagt: »in der von ihm erhobenen Klage?« In diesem Falle wäre jeder Streit ausgeschlossen. Die Vorschrift würde soviel heißen als: »Nachdem die Klage erhoben ist, hat der Schuldner alle Einwendungen geltend zu machen«. Ohne jeden Zweifel würde sie auf den einmal anhängig gemachten Prozeß und nicht auf den Akt der Klageerhebnng beziehen. Unter diesen Umständen ist für die Richtigkeit unserer Ansicht schon der Beweis aus dem Gegenteil gerechtfertigt. Aber dessen bedarf es gar nicht. Das Participium Praesentis des Ausdrucks »in der von ihm zu erhebenden Klage« soll eben eine zeitliche Parallelität zu dem Nachsatze, zu den Worten »zur Zeit der Erhebung der Klage«

zum Ausdruck bringen d. h. es ist den bei Erhebung der Klage vorhandenen Einwendungen der Moment der Klageerhebung gegenüberstellt. Es handelt sich nicht um das Verfahren, sondern um den Beginn des Verfahrens, um den Ausschluß der Einwendungen, die nicht in die Klageschrift aufgenommen sind.

Unabhängig davon muß man zu demselben Ergebnis auf Grund rein sachlicher Erwägungen gelangen. Die Gründe der Gegner sind eben nicht stichhaltig. Da soll nach der Auslegung des Reichsgerichts der Abs. 3 nur verhindern, daß der Schuldner die Einwendungen, die er zur Zeit der Klageerhebung geltend machen kann, in mehreren Prozessen geltend mache. Ob der Gesetzgeber wirklich nur diesen Zweck im Auge gehabt hat? Besteht tatsächlich die Gefahr, daß der Schuldner nebeneinander oder selbst nacheinander verschiedene Prozesse anstrengt und in allen abgewiesen wird, daß er eine Kostenlast auf sich nimmt, die höher sein kann, als der Wert des Streitgegenstandes? Kann er denselben Erfolg nicht viel einfacher durch eine Verschleppung mittels Klageänderung erreichen? Angesichts dieser Konsequenzen muß man sich sagen, daß der Gesetzgeber an so unwahrscheinliche Möglichkeiten nicht gedacht hat und eine Vorschrift von so geringfügigem Werte kaum aufgenommen haben würde.

Die Auslegung des Reichsgerichts ist daher viel zu eng. Sie wird dem Streben der Civilprozeßordnung nach kraftvoller Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht gerecht und ist schon um deswegen zu verwerfen. Zudem liegt darin auch keine Unbilligkeit gegen den Schuldner, sondern nur eine Wahrung der Rechte des Gläubigers. Denn in den Fällen, wo die verspätet vorgebrachte Einwendung wirklich begründet

ist, bleibt dem Schuldner nach durchgeführter Vollstreckung die Klage auf Rückforderung oder auf Schadensersatz erhalten.

Das Ergebnis der Untersuchung nötigt nunmehr zu einer Prüfung der weiteren Frage, ob eine Klageänderung auch hinsichtlich solcher Einwendungen unzulässig ist, die erst nach der Klageerhebung entstanden oder dem Schuldner bekannt geworden sind. Solche Einwendungen sind durch die Klageerhebung so wenig, wie durch die Abweisung der ersten Vollstreckungsgegenklage präkludiert. Sie können daher jederzeit durch eine besondere Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Sonach hat es keinen Sinn, sie nicht auch klageänderungsweise zugelassen, insoweit die Voraussetzungen der §§ 264 und 529 für eine zulässige Klageänderung gegeben sind. Die Absicht des Gesetzes nach kraftvoller Durchführung der Zwangsvollstreckung würde ja hier gegenüber der Möglichkeit einer neuen Klage doch illusorisch werden. Daß aber mit dem Ausdruck »im Wege der Klage« nicht der Akt der Klageerhebung gemeint ist, sollte angesichts der Fälle der §§ 722, 731, 1042 keinem Zweifel mehr unterliegen. Dieser Ausdruck besagt eben nichts anderes, als daß materiellrechtliche Einwendungen im Prozeßverfahren zu verfolgen sind. Der »Weg der Klage« ist auch die Klageänderung. Der Ausschlus der Klageänderung würde in vielen Fällen nur eine unnötige Beschwerung der Parteien und des Gerichts bedeuten.

Entstehen dem Schuldner nach Erhebung der Klage mehrere Einwendungen, und bringt er nur eine davon klageänderungsweise vor, so verliert er nicht die übrigen. Wohl aber ist dies der Fall, wenn er eine neue Vollstreckungsgegenklage erhebt. Hier gilt bezüglich der Präklusion der Moment der Zustellung der zweiten Klageschrift.

Die Meinungen in beiden Fragen sind sehr geteilt. Wie im Text: Gaupp-Stein § 767. IV, Petersen-Anger § 767, Struckmann-Koch § 767, 6, auf die sich R. G. 55, 104 mit Unrecht beruft, da sie ausdrücklich nur die neu entstandenen Einwendungen klagänderungsweise zulassen, nicht aber, wie der Fall des R. G. auch vor Erhebung der Klage bekannte. Ferner: O. L. G. Köln in »Das Recht« 02 S. 438 (arg. »solcher Einwend.«) Bayr. O. L. G. in Seuff. Arch. 39 S. 245. Die Frage, ob nachher entstandene Einwendungen klageänderungsweise zulässig sind, wird hier allerdings nicht entschieden.

In Voraussetzung des § 264 lassen eine Klageänderung zu: R. G. 55,101 und anscheinend auch R. G. in I. W. 05 S. 53 Nr. 29. Wilmowski-Levy § 686 Z. 9, Hommel S. 50, O. L. G. Königsberg Rechtspr. d. O. L. G. Bd. 5 S. 451.

Jede Klagänderung, auch im Falle späteren Entstehens der Einwendungen verwirft: Falkmann S. 399—403 (arg. »daß das Gesetz mit dem Ausdruck »im Wege der Klage« nur die äußere Klaghandlung verstehe, die bei der Klagänderung fehle(!)

Planck II, 701 und Hellwig 499/500 halten solche Einwendungen für ausgeschlossen, die in der Klagschrift hätten angegeben werden können. Bezüglich derjenigen, die nicht vorbringbar waren, soll ein späteres Vorbringen nicht nur zulässig sondern erforderlich sein, da die Tendenz des Gesetzes dahin ginge, die Erledigung aller Einwendungen in einem Prozesse zu erzwingen. Das ist richtig, aber diese Tendenz findet an den Vorschriften des Gesetzes über die Klageänderung ihre gesetzliche Schranke.

Die von Hellwig beanstandete Möglichkeit der Einwendung contra rem judicatam liegt nicht vor.

Wird die Klage auf neue Einwendungen gestützt, so kann von einer Identität des Anspruchs keine Rede sein.

Seuffert § 767. 5 und Langheineken S. 182 halten eine Klageänderung überhaupt nicht für möglich, da die Anführung eines Erwerbsgrundes für den mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemachten Anspruch nicht zu den in der Klageschrift anzugebenden Klagegründen gehöre. Seuffert zieht daraus den Schluß, daß Abs. 3 nur insofern eine Bedeutung habe, als durch das die Klage abweisende Urteil alle vorher entstandenen Eingriffsrechte absorbiert würden. Insoweit berührt sich seine Ansicht mit der von Hellwig. Wird die Folgerung Seufferts nicht angenommen, so würde Abs. 3 überhaupt jeder Bedeutung ermangeln. Aber auch so scheitert seine Auffassung daran, daß nicht einzusehen wäre, warum das Gesetz gerade die Kumulierung der zur Zeit der Klageerhebung vorhandenen Einwendungen vorgeschrieben haben würde, wenn die später entstandenen in derselben Klage geltend gemacht werden müßten.

4. Einfluß der Klage auf die Vollstreckung.

Durch die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage wird das Vollstreckungsrecht des Gläubigers in keiner Weise beeinflußt. Der Gerichtsvollzieher ist nicht befugt oder verpflichtet, auf Grund anderer als der im § 775 genannten Umstände die begonnene Zwangsvollstreckung einzustellen. Selbst die Verkündung eines Urteils, durch das der Vollstreckungsgegenklage stattgegeben wird, hat diese Folge nicht, da § 775 Z. 1 ausdrücklich vorschreibt, daß die Zwangsvollstreckung nur dann einzustellen oder zu beschränken ist, wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß die Zwangsvollstreckung für unzu-

lässig erklärt ist. Vollstreckbar aber ist das Urteil der Vollstreckungsgegenklage nur, wenn es rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Für die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit gelten die allgemeinen Regeln der §§ 709—711. Bei der Ausarbeitung des Entwurfs wurde in Frage gezogen, ob nicht nach dem Vorbilde früherer Prozeßordnungen (Hannover. § 580. Bayern Art. 876. Preuß. Verordn. vom 1. Juni 1833 § 3) die vorläufige Vollstreckbarkeit derartiger Urteile generell angeordnet werden sollte. Dies wurde jedoch mit Rücksicht auf die freie Stellung, die dem Gericht in Fragen der Zwangsvollstreckung zugewiesen ist, abgelehnt. Dafür hat das Gesetz dem Gericht ein Mittel in die Hand gegeben, das sich im wesentlichen mit der Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit deckt, in manchen Punkten aber noch darüber hinausgeht. Das Prozeßgericht kann nämlich in dem Urteil, durch welches über die Einwendungen entschieden wird, anordnen, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile des Hauptprozesses gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Eine solche Anordnung tritt ihrer Natur nach schon mit der Verkündung des Urteils in Wirksamkeit, und der Schuldner braucht sich, um dem Gerichtsvollzieher entgegentreten zu können, nur eine Ausfertigung dieser Entscheidung geben zu lassen. Durch die Aufnahme in das Urteil wird die Anordnung zu einem integrierenden Bestandteil desselben, ihre Anfechtung wird dem Beschwerdeverfahren entzogen und dem gewöhnlichen Rechtsmittelverfahren überwiesen. Jedoch kann in der Berufungsinstanz über sie auf Antrag vorab verhandelt und entschieden werden. Nach Rechtskraft des Urteils

ist die Anordnung gegenstandslos, da ihr Zweck durch das rechtskräftige Urteil an sich erfüllt ist.

Häufig wird der Schuldner nun ein erhebliches Interesse daran haben, daß er schon vor Erlaß oder gar Rechtskraft des Urteils über seine Einwendungen vor der Durchführung der Vollstreckung geschützt wird. Dies ist um so mehr der Fall, als die Vollstreckungsgegenklage regelmäßig erst dann erhoben wird, wenn die Vollstreckung schon begonnen hat, das Urteil der Vollstreckungsgegenklage also meist zu spät käme, um auch nur die Beendigung der Vollstreckung zu verhindern. Es liegt kein genügender Schutz für den Schuldner darin, daß er, wenn die Vollstreckung im Laufe des Prozesses beendet wird, seinen Klageantrag gemäß § 268 Z. 3 auf Rückforderung oder auf Schadensersatz richten kann.

In den einzelstaatlichen Prozeßordnungen war der Schuldner gegen das Vorgehen des Glaubigers ziemlich machtlos. Es wurde ihm zwar die Möglichkeit gegeben, der Vollstreckung entgegenzutreten, aber diese Hemmung der Vollstreckung war meist an das Erfordernis der Liquidität seiner Einwendungen geknüpft. War der Schuldner nicht imstande, seine Einwendungen durch Urkunden oder Eideszuschiebung zu beweisen, so mußte er eben die Vollstreckung über sich ergehen lassen. Mit diesen Grundsätzen hat die Zivilprozeßordnung in weitgehendem Maße gebrochen. Das Prozeßgericht kann nämlich auf Antrag schon vor Erlassung des Urteils einstweilige Anordnungen auf Aufhebung oder Einstellung der Zwangsvollstreckung erlassen. (§ 769.) Zum Erlasse einer solchen einstweiligen Anordnung bedarf es nur der Glaubhaftmachung der vom Schuldner erhobenen, tatsächlichen Behauptungen. In dringenden Fällen können die Anordnungen auch vom Vollstreckungsgericht ausgehen.

(§ 769 Abs. 2.) Ihre praktische Wirksamkeit ergibt sich aus § 775 Z. 2, der den Gerichtsvollzieher zur Einstellung der Zwangsvollstreckung verpflichtet, wenn ihm die Ausfertigung einer solchen Anordnung vorgelegt wird.

Die Anordnungen sind »einstweilige« weil ihre Wirksamkeit nur bis zur endgiltigen Regelung der Frage, bis zur Erlassung des Urteils über die Vollstreckungsgegenklage dauert. Dieses Urteil kann die getroffenen Anordnungen abändern, bestätigen oder aufheben und legt ihnen dadurch dieselbe Wirksamkeit hinsichtlich ihrer Anfechtung bei, wie wenn sie erst im Urteile erlassen wären. Aber auch wenn das Urteil die vorher getroffenen Anordnungen nicht ausdrücklich bestätigt oder aufhebt, ist sein Inhalt fortan maßgebend. Dabei ist der vom Gesetz bestimmte Zeitpunkt der Erlassung des Urteils dahin auszulegen, daß das Urteil irgend eine praktische Folge haben, also für vorläufig vollstreckbar erklärt oder rechtskräftig sein muß.[1]) Ist eine einstweilige Anordnung ergangen, der Kläger aber mit der erhobenen Vollstreckungsgegenklage abgewiesen worden, so tritt die Anordnung gleichwohl nicht vor Rechtskraft des Urteils außer Wirksamkeit, wenn nicht das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt oder die frühere Anordnung aufgehoben ist. Das Gleiche gilt, wenn der Kläger mit der Vollstreckungsgegenklage durchdringt, ohne daß sich das Urteil über eine vorläufige Vollstreckbarkeit oder Aufrechterhaltung der früheren Anordnung äußert. Hier tritt die Anordnung ebenfalls erst mit der Rechtskraft außer Wirksamkeit, sonst würde sich bei einer kurzsichtigen Interpretation des Gesetzes der Fall ergeben können, daß trotz dem Vorliegen der gegen-

[1]) Vgl. Busch Ztschr. 21, S. 509.

teiligen Entscheidung die Vollstreckungsfähigkeit des ersten Urteils wieder auflebt. Nur wenn die Vollstreckungsgegenklage gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil erhoben wird, tritt mit dem Erlaß des ihr stattgebenden Urteils von selbst die Vollstreckbarkeit des ersten Urteils außer Kraft.

§ 5. Die Vollstreckungsgegenklage aus § 768.

Einen besonderen Fall einer gegen die Vollstreckung gerichteten Klage bildet die Vollstreckungsgegenklage des § 768. Formell scheint die Klage aus § 768 wenig mit der aus § 767 zu tun zu haben, handelt es sich doch dem Wortlaute nach lediglich um Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel, tatsächlich aber sind es ebenso wie im § 767 Einwendungen materiellrechtlicher Natur, die nur auf den besonderen Fall beschränkt sind, das der Schuldner den bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Voraussetzungen für ihre Erteilung bestreitet. § 767 Abs. 2 findet auf die Klage des § 768 keine Anwendung, immerhin müssen hinsichtlich der Zulässigkeit der Einwendungen die Rechtskraftgrundsätze gewahrt bleiben. Der Klageantrag ist wie bei der Klage aus § 767 darauf zu richten, die Zwangsvollstreckung aus der erteilten Klausel für unzulässig zu erklären. Dies ergibt einmal die Rücksicht auf § 775, auf die Notwendigkeit der praktischen Verwendbarkeit des Urteils, dann aber kennt das Gesetz auch keinen Antrag auf Nichtigkeitserklärung einer Vollstreckungsklausel und Verlautbarung derselben auf dem Vollstreckungstitel. [1]) Zur Vollstreckung eines solchen Urteils müßte ein Rechtsbehelf gegeben sein, der die Rückgabe des Vollstreckungstitels zwecks Tilgung der Klausel erzwingen könnte. Der Annahme einer solchen Klage aber stehen erhebliche Bedenken entgegen, so wünschenswert, wie die Rückgabe der vollstreckbaren Ausfertigung nach durchgedrungener Vollstreckungsgegenklage überhaupt, sie auch wäre.

Ungeachtet der vielen Berührungspunkte, die beide Klagen miteinander aufweisen, zeigt sich eine

[1]) R. G. 41, 376.

grundsätzliche Verschiedenheit in der Tragweite des Erkenntnisses. Das der Klage aus § 768 stattgebende Urteil bejaht nur das vom Kläger in Anspruch genommene Recht, der Zwangsvollstreckung entgegentreten zu können, weil ein Anspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu Unrecht angenommen worden sei. Das Urteil ist aber ebensowenig wie das abweisende Urteil präjudiziell für die Frage nach dem gültigen Bestehen des materiellen Rechts, für die Frage nach der Unanfechtbarkeit des Vollstreckungsanspruchs auf Grund von Einwendungen, die dem Schuldner gegen die Schuld selbst zustehen. Die Klage aus § 768 schließt die Vollstreckungsgegenklage nicht aus, es sei denn, daß durch ein der Klage stattgebendes Urteil das Rechtsschutzinteresse an der Vollstreckungsgegenklage absorbiert wäre.

Zulässig ist die Klage nur dann, wenn die Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden, nicht auch, wenn sie vom Gerichtssreiber erteilt ist. [1]) Dies hängt mit der materiellen Natur der Einwendungen zusammen, weil in allen Fällen, in denen materielle Einwendungen erhoben werden, bei Erteilung der Vollstreckungsklausel materielle Voraussetzungen zu prüfen waren und diese Prüfung dem Vorsitzenden obliegt (§ 730). Ist die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch rechtskräftiges Urteil im Wege der Klage nach §§ 731, 722, 1042 erzwungen worden, so würde der Klage aus § 768 die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen, wie ja auch die Vollstreckungsgegenklage in diesem Falle nur auf nachher entstandene Einwendungen gestützt werden kann. Dagegen steht die Zurückweisung einer nach § 732 erhobenen Beschwerde der späteren Klage nicht im Wege. [2]) Wie

[1]) Irrtümlich R. G. 50, 375.
[2]) R. G. 50, 375/76.

aus Stellung und Zweck beider Vorschriften erhellt, sollte dem Schuldner nicht die Möglichkeit genommen werden, über die bestrittene Existenz der Bedingung oder der Rechtsnachfolge eine der Rechtskraft fähige Entscheidung zu erlangen unabhängig von dem provisorisch summarischen Verfahren nach § 732.[1]) Die Unmöglichkeit einer materiellen Entscheidung bei rein formellen Einwendungen bedingt eben den Ausschluß der formellen Einwendungen von der Geltendmachung im Klagewege. Daß der Schuldner, wenn er im Beschwerdeverfahren durchgedrungen ist, nicht nachträglich noch nach § 768 klagen kann, folgt aus allgemeinen Grundsätzen.

[1]) Vgl. auch Mot. bei Hahn S. 436.

§ 6. Andere Schuldtitel als Urteile.

Die Vollstreckungsgegenklage, die rechtskräftigen Urteilen gegenüber ihre größte Bedeutung hat, findet auch bei allen übrigen vollstreckbaren Titeln Anwendung. Hierbei werden jedoch ihre Voraussetzungen und die Art ihrer Geltendmachung mannigfachen Modifikationen unterworfen, die meist dadurch bedingt sind, daß das Fehlen der Rechtskraftsschranken eine freiere Behandlung ermöglicht und das Fehlen eines Prozeßgerichts besondere Zuständigkeitsbestimmungen erfordert. Soweit Fragen der Zuständigkeit in Betracht kommen, ist bereits im § 4 Nr. 1 eine Übersicht der wichtigeren Fälle gegeben worden.

I. Bei allen vollstreckbaren Titeln, die außer dem Urteil der Rechtskraft teilhaftig sind, findet sich eine dem § 767 Abs. 2 entsprechende Beschränkung ihrer Geltendmachung. Ist doch diese Beschränkung nicht willkürlich für Urteile eingesetzt, sondern allgemein giltigen Rechtskraftsgrundsätzen entsprungen. In diese Gruppe von Vollstreckungstiteln gehören

1) der Vollstreckungsbefehl. § 699. Das Erfordernis einer besonderen Bestimmung des Zeitpunktes, von dem an Einwendungen gegen den Vollstreckungsbefehl zulässig werden, ergibt sich aus der Unmöglichkeit der Anwendung des § 767 Abs. 2. Bei dem Vollstreckungsbefehl fehlt die maßgebende letzte mündliche Verhandlung. An ihre Stelle tritt nach § 796 die Zustellung des Vollstreckungsbefehls. Ein weiterer Unterschied gegenüber dem § 767 Abs. 2 besteht darin, daß der Schuldner durch Versäumung des Einspruchs mit seinen Einwendungen nicht ausgeschlossen wird. Nach den Motiven[1]) sollte der Schuldner nicht gezwungen werden, den Einspruch einzulegen, wenn er

[1]) Hahn S. 447.

nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls die Schuld zahlt. De lege ferenda wäre es durchaus zwecksmäßig, wenn dies auch für Versäumnisurteile gelten würde, de lege lata folgt aus der Bemerkung der Motive die Richtigkeit der Ansicht, welche dem Versäumnisurteil gegenüber Einwendungen ausgeschlossen sein läßt, die durch Einspruch geltend gemacht werden konnten.[1])

2) Die Feststellungen in der Konkurstabelle. (§§164, 194 K. O.) Die allgemeinen Vorschriften des § 767 bleiben maßgebend. Es entscheidet also über den Ausschluß der Einwendungen der Schluß des Prüfungstermins oder beim Zwangsvergleich des Vergleichstermins.

3) Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet (z. B. §§ 102, 135, 888 C.P.O.). Dahin gehören auch die Kostenfestsetzungsbeschlüsse. Findet jedoch in Kostenfestsetzungsverfahren eine mündliche Verhandlung statt, so ist zu beachten, daß in dieser Verhandlung Einwendungen über den Anspruch selbst nicht geltend zu machen sind. Das Kostenfestsetzungsverfahren gehört innerlich zum Prozesse selbst, es ist eine Ergänzung des Urteils, die aus reinen Zwecksmäßigkeitsgründen in einem besonderen Verfahren stattfindet. In ihm soll die Höhe eines Betrages festgesetzt werden, bezüglich dessen die Erstattungspflicht bereits ausgesprochen ist. Diese Unselbständigkeit bringt es mit sich, daß ohne Rücksicht auf eine etwa stattgehabte mündliche Verhandlung die letzte mündliche Verhandlung des Hauptprozesses maßgebend bleibt, also auch Einwendungen, die vor dem Kostenfestsetzungsbeschluß entstanden und bekannt waren, geltend gemacht werden können.[2])

---

[1]) Vgl. R. G. 55, 193.

[2]) A. M. Falkmann S. 403.

Im übrigen werden die Einwendungen gegenüber den Entscheidungen durch den Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, auf Grund welcher der Schuldtitel erging, ausgeschlossen, sind aber unbeschränkt zulässig, wenn keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat und auch dann, wenn von dem Rechtsmittel der Beschwerde hätte Gebrauch gemacht werden können oder vergeblich Gebrauch gemacht ist.

4. Die rechtskräftig bestätigte Dispache, § 158 F. G. G.

5. Die nach der Rechtsanwaltsordnung (1. VII. 1878) gemäß §§ 58, 94, 97 festgesetzten Strafen.

6. Die Vorschuß-, Zusatz- und Nachschußberechnung im Konkurse der eingetragenen Genossenschaft §§ 109, 113, 114 des Ges. v. 1. V. 1889.

7. Die Entscheidungen der Strafgerichte über Vermögensstrafen und Bußen. Hier finden die Vorschriften der C. P. O. über die Zwangsvollstreckung Anwendung, doch herrscht gerade über die Anwendbarkeit des § 767 Streit. Einige halten ihn hinsichtlich der Vermögensstrafen durch § 494 Str. P. O. für ausgeschlossen, doch ist ihrer Ansicht nicht beizutreten. [1])

II. In denjenigen Fällen, in denen die Vollstreckungsgegenklage durch keine Rechtskraftswirkung beschränkt wird, gewinnt sie eine völlig veränderte Bedeutung. Sie wird das Mittel, um gegenüber von Schuldtiteln, die durch Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder durch Verwaltungsbehörden festgesetzt sind, überhaupt erst den Rechtsweg zu beschreiten. Hier kann man dann auch in Wahrheit von einer »Anfechtung« des Vollstreckungstitels reden, einem Ausdruck, den wir bei der Vollstreckungsgegenklage

[1]) Vgl. Falkmann S. 87 c. cit.

des § 767 zurückweisen mußten. Durch den Fortfall der Beschränkung des Abs. 2 ist auch der großen Klasse der rechtshindernden Einwendungen der Weg gebahnt. Mit dem Eindringen derartiger Elemente geht aber die Eigenart der Vollstreckungsgegenklage zum guten Teil verloren, was übrig bleibt ist eben nur der Endzweck, einer drohenden Zwangsvollstreckung entgegentreten zu können. Aber auch in diesen Fällen bezweckt die Klage nicht eine negative Feststellung des in dem Vollstreckungstitel bezeugten Anspruchs. Sie wird nicht zu einer »bloßen Erscheinungsform der negativen Feststellungsklage«,[1]) und alles, was in dieser Beziehung im § 1 Nr. 1 und 3 gesagt worden ist, bleibt in Geltung.

Die wichtigsten, hierher gehörenden Vollstreckungstitel sind folgende:

1. Vollstreckbare Urkunden § 794 Z. 5. Wäre es auch an sich selbstverständlich, so ist im § 797 Abs. 4 die beschränkende Voraussetzung des § 767 Abs. 2 auf die Geltendmachung von Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, nicht für anwendbar erklärt worden.

2. Vergleiche § 794 Z. 1 und 2 (§ 510). Auch Vergleiche sind trotz ihrer prozessualen Einkleidung Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Daß § 767 Abs. 2 bei der Zwangsvollstreckung auf sie keine Anwendung findet, ist kaum bestritten. Während dies aber von den einen aus Lehren der Rechtskraftswirkung abgeleitet wird, reihen die andern die Vergleiche unter die gerichtlichen Urkunden ein, hinsichtlich derer im § 797 besondere Vorschriften gegeben sind. Die Streitfrage wird von Bedeutung bei der Entscheidung

1) Schmidt S. 771.

darüber, welches Gericht die vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs zu erteilen hat und bei welchem Gericht die Vollstreckungsgegenklage zu erheben ist. Es wird der Ansicht beigetreten, die auch die Vergleiche unter die im § 797 bezeichneten gerichtlichen Urkunden rechnet.[1])

Die Gründe der Gegner, die unter den gerichtlichen Urkunden des § 797 nur die vollstreckbaren Urkunden nach § 794 Z. 5 verstehen wollen, sind im wesentlichen äußerliche. Man stützt sich auf Entstehungsgeschichte, Wortlaut und Stellung der Vorschrift, und es läßt sich nicht verkennen, daß diese Auslegungsmittel zu dem von den Gegnern verteidigten Ergebnisse führen. Die Motive[2]) rechtfertigen die Bestimmung eines besonderen Gerichtsstandes für die im § 797 geregelten Klagen mit den Worten: »Der Mangel eines Prozeßgerichts der Hauptsache erfordert auch die Bestimmung der Zuständigkeit für die in Abs. 5 bezeichneten Klage.« Von dem Mangel eines Prozeßgerichts bei den gerichtlichen Vergleichen des § 794 Z. 1 konnten die Motive aber nicht gut sprechen, zumal da die Vergleiche des § 794 Z. 2 (§ 510) im Regierungsentwurf noch nicht entfallen waren, vielmehr erst durch die Justizkommission des Reichstages hinzugefügt wurden. Es ist verfehlt, wenn das Reichsgericht (21, 345) die Bedeutung dieser Worte dadurch abzuschwächen versucht, daß es meint, durch die

---

[1]) Die Frage ist außerordentlich oft, auch wohl erschöpfend behandelt. Wie im Text u. a. R. G. 21, 345. 35, 397. 37, 416. J. W. 04 S. 70 Nr. 43. Struckmann Koch § 797, Hellmann S. 817, Kohler Arch. f. civ. Pr. 72 S. 18, Eccius bei Gruchot 27. 478. 28, 273. Petersen Anger § 797. A. M. Seuffert, Gaupp-Stein, Wilmowski-Levy, Planck § 170 Nr. 30, Falkmann S. 67.

[2]) Hahn S. 447.

Aufnahme der Vergleiche des § 510 müßten die Schlußfolgerungen dahinfallen, welche für den Sinn des Gesetzes aus jenem Satz der Motive gezogen werden könnten. Dafür liegt gar kein Anhalt vor, vielmehr Wahrscheinlichkeit hat die Annahme, daß die Justizkommission den Mangel eines Prozeßgerichts hinsichtlich der Vergleiche beim Sühneversuch einfach übersehen hat. Ebenso berechtigt ist der Hinweis auf den Nordd. Entwurf, der in den §§ 931 und 933 die Zwangsvollstreckung aus Vergleichen der Zwangsvollstreckung aus gerichtlichen oder materiellen Urkunden gegenübergestellt hatte. Auch wird nirgends in der Civilprozeßordnung von Vergleichen als von gerichtlichen Urkunden gesprochen und gerade die Gegenüberstellung der gerichtlichen oder notariellen Urkunden in den beiden ersten Absätzen des § 797 scheint auf die gemeinsame Behandlung beider im § 794 Z. 5 und damit auf die von den Gegnern angenommene Beschränkung hinzuweisen.

Wenn gleichwohl der Ausdruck gerichtliche Urkunden auch auf die Vergleiche des § 794 Z. 1 und 2 bezogen wird, so nötigen schwerwiegende innere Gründe zu dieser Auffassung. Damit macht man sich keiner Auslegung gegen das Gesetz schuldig, wie Falkmann S. 67 meint, sondern höchstens, wenn alle Gründe der Gegner zugegeben werden, einer Auslegung gegen Motive und Entstehungsgeschichte des Gesetzes, einer Auslegung, die jederzeit statthaft ist. Zunächst läßt es sich nicht bezweifeln, daß Vergleiche gerichtliche Urkunden sind. Der Einwand von Planck (§ 170 N. 30), nicht nur die Vergleiche, sondern auch die im § 794 Z. 3 und 4 genannten Vollstreckungstitel, nämlich die Vollstreckungsbefehle und die Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfinde, müßten dann unter den gerichtlichen Ur-

kunden zu verstehen sein, ist nicht gerechtfertigt. Bei den Vergleichen handelt es sich ebenso wie bei den vollstreckbaren Urkunden nach § 794 Z. 5 um einen gerichtlich beurkundeten, privatrechtlichen Akt, der allerdings gewisse prozessuale Erfordernisse und Folgen hat, bei den Vollstreckungsbefehlen und den unter § 794 Z. 4 bezeichneten Schuldtiteln dagegen um gerichtliche Entscheidungen. Gerichtliche Entscheidungen sind als solche aber keine gerichtlichen Urkunden, erst ihre Ausfertigung wird dazu.

Nun muß zwar den Gegnern eingeräumt werden, daß auf Vergleiche die Beschränkung des § 767 Abs. 2 keine Anwendung finden kann und einer Beweisführung, die auf Grund der gegenteiligen Prämisse und der sich daraus ergebenden unhaltbaren Konsequenzen zur Ablehnung der gegnerischen Ansicht kommt, ist nicht zuzustimmen, Aber was für Vergleiche gilt, das hätte dann auch für die vollstreckbaren Urkunden gelten müssen. Hier wie dort macht keine Rechtskraft den § 767 Abs. 2 zu einer Notwendigkeit. Wenn es aber das Gesetz für nötig gehalten hat, die Anwendbarkeit des § 767 Abs. 2 für die gerichtlichen Urkunden ausdrücklich auszuschließen, so folgt daraus, daß es auch die Vergleiche zu den gerichtlichen Urkunden zählte, oder das Gesetz hätte in dem einen Falle etwas für selbstverständlich gehalten, was es in einem andern, gleichliegenden Falle nicht für selbstverständlich hielt,[1]) eine Konsequenzlosigkeit, die man dem Gesetzgeber nicht wird vorwerfen können.

Wer das Prozeßgericht zur Erteilung der Vollstreckbaren Ausfertigung von Vergleichen für zuständig hält, der steht dem Mangel eines Prozeßgerichts gegenüber, wenn der Vergleich im Sühneversuch vor dem

[1]) I. W. 04 S. 71 Nr. 43

Amtsgericht abgeschlossen ist (§ 510). Der Einwand, daß Amtsgericht »entspreche« dem Prozeßgericht, ist rechtlich nicht haltbar. Wenn es dem Prozeßgericht wirklich entsprechen sollte, so bedürfte es einer gesetzlichen Vorschrift dazu. Die Auslegung des Gesetzes durchbricht die ihr gewiesenen Schranken, wenn sie von einem dem Prozeßgerichte entsprechenden Gericht spricht. Zu großen Schwierigkeiten gelangt die gegnerische Ansicht, wenn der Vergleich nicht vor dem Prozeßgericht, sondern vor dem ersuchten Richter geschlossen ist. Die Behauptung, das Original der Vergleichsurkunde kehre mit den Akten zu dem Prozeßgericht zurück, kann auf keine gesetzliche Bestimmung gestützt werden, da eine Pflicht zur Übersendung des Protokolls nicht besteht.[1])

Vollends ist ein weiterer Grund durchschlagend.[2]) Unterwirft sich der Schuldner in einem gerichtlichen Vergleiche der sofortigen Zwangsvollstreckung, — und die Möglichkeit einer solchen Unterwerfung kann nicht in Abrede gestellt werden, — so entspricht die Urkunde zugleich allen Erfordernissen der gerichtlichen Urkunde des § 794 Z. 5, wenn sie die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstande hat. Dann würde der Fall eintreten, daß für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung und für die Vollstreckungsgegenklage zwei ausschließliche Gerichtsstände beständen, nämlich der Gerichtsstand des Prozeßgerichts und auf der andern Seite der Gerichtsstand nach § 797 Abs. 3 und 5. Das Gesetz schafft aber nicht derartige unlösbare Schwierigkeiten, und wenn es der Fall wäre, dann hätte man wohl in der Novelle zur Civilprozeßordnung die Gelegenheit ergriffen, bestehende Unklarheiten zu beseitigen.

---

[1]) Eccius bei Gruchot 27 S. 480.

[2]) Eccius 28 S. 285.

Das Gewicht dieser in der Literatur noch mannigfach erweiterten Gründe läßt die Wage zu Gunsten der Ansicht ausschlagen, die auch die Vergleiche unter die gerichtlichen Urkunden des § 797 rechnet, und die konstanten Rechtsprechung des Reichsgerichts in dieser Frage ist nur zuzustimmen. Demnach regeln sich die Einzelheiten der Vollstreckungsgegenklage gegen Vergleiche nach den Vorschriften des § 797.

3. Die vorgängige Vereinbarung sowie eine Auseinandersetzung im Falle der Erbengemeinschaft § 98 F. G. G. Die Zwangsvollstreckung findet statt nach Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses. Einwendungen sind unbeschränkt zulässig.

4. Eine Reihe von meist landesgesetzlichen Vollstreckungstiteln z. B. Vergleiche vor dem Schiedsmann und Vergleiche in Feldpolizeisachen. Eine erschöpfende Aufzählung aller dieser Vollstreckungstitel und der jeweiligen Besonderheiten der Klage zu geben, ist hier nicht der Ort, zumal da diesen Klagen eine dogmatische Bedeutung nicht zukommt. Vgl. Rintelen »der Civilprozeß« S. 791 und Falkmann S. 91 ff.

III. Eine eigenartige der Vollstreckungsgegenklage verwandte Klage, die gesondert von den unter I und II erwähnten Vollstreckungstiteln behandelt werden muß, ist die Klage zum Zwecke der Anfechtung der für vorläufig vollstreckbar erklärten Vorschußberechnung im Konkurse der eingetragenen Genossenschaft. § 111 des Ges. v. 1. V. 1889.) Diese Klage ist ebenso wenig wie die Vollstreckungsgegenklage eine Feststellungsklage.[1]) Sie hat neben einer Reihe von Besonderheiten,

[1]) Wie R. G. 14, 90 meint.

die namentlich das Verfahren betreffen und in den §§ 111 und 112 a. a. O. des Näheren geregelt sind, eine an die Bestimmung des § 767 Abs. 2 anklingende Beschränkung ihrer Erhebung, da sie nur binnen der Notfrist eines Monats seit Verkündung der Entscheidung und nur insoweit stattfindet, als der Kläger den Anfechtungsgrund in dem Termine geltend gemacht hat oder ohne sein Verschulden geltend zu machen außer stande war.

Literaturverzeichnis.

Ausser den im folgenden aufgeführten Büchern sind bei einer Reihe von Fragen die Lehrbücher und Kommentare zum B. G. B., auch eine grosse Anzahl von Monographien benutzt worden. Die Aufnahme in das Literaturverzeichnis ist nicht erfolgt, weil die betreffende Literatur nicht als Literatur zur Vollstreckungsgegenklage bezeichnet werden kann.

1. Kommentare zur C. P. O.

Gaupp Stein,	1901/02.	Neukamp	1900.
Petersen Anger	1901.	Reincke	1904.
v. Sarwey	1879.	Seuffert	1903.
Siebenhaar	1877.	Struckmann-Koch	1901.
Sydow-Busch	1905.	Uebel	1878.
v. Wilmowski-Levy	1895.		

2. Lehrbücher des Civilprozeßrechts.

Bunsen	1900.	Fitting	1903.
Hellmann	1881.	Hellwig I	1903.
Kleinfeller	1905.	Planck	1896.
Rintelen	1891.	Schmidt	1898.
Weissmann I	1903.	Wach I	1885.

3. Monographien.

Abraham	„Aufrechnung und Eingriffsrecht in der Vollstreckungsinstanz." Berl. Diss. 1903.
David	„Die prozessualen Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien bei den vollstreckbaren Urkunden der Civilprozessordnung". In Busch, Ztschr. f. deutsch. Civ.-Prozess. Bd. 20. Berlin 1894.
Falkmann	„Die Zwangsvollstreckung" 2 A. Lief. 1—3 Berlin 1899—1904.
Hellwig	„Anspruch und Klagrecht" Jena 1900. „Klagrecht und Klagmöglichkeit" 1905.
Hommel	„Über materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urteilen" Würzb. Diss. 1892.
Langheineken	„Der Urteilsanspruch" Leipzig 1899.
Kappes	„Die Widerspruchsklage nach § 686 C. P. O." Erl.-Diss. 1895.
Kohler	„Der Prozess als Rechtsverhältnis" Mannheim 1888.
	„Über exekutorische Urkunden". Arch. f. civ. Prax. Bd. 72.
	„Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozess" Arch f. civ. Prax. Bd. 80.
	„Über prozessrechtliche Verträge u. Kreationen" Gruchot's Beiträge Bd. 31.
Kipp	„Verurteilung zur Abgabe v. Willenserklärungen."
Oetker	„Konkursrechtliche Grundbegriffe". I. Stuttgart 1891.
Sintenis	„Der simulierte Prozess" Busch, Ztschr. f. d. Civ.-Proz. Bd. 30 S. 358.
Wach	„Vorträge über die Reichscivilprozessordnung" II. 1896.